Ueber die

institorische Klage.

Inaugural-Dissertation

der hohen Juristenfakultät Tübingen

zur Erlangung

des Doctorgrads beider Rechte

vorgelegt

von

Karl Elsaesser
aus Stuttgart.

STUTTGART.
Druck von Karl Kirn.
1875.

Inhalts-Verzeichniss.

Seite

Einleitung 5

Die actio institoria.

§. 1. Begriff des Institors 11

§. 2. Voraussetzungen der institorischen Klage.

I. Die Praepositio 14

II. Materieller Zusammenhang des Vertrags mit dem Geschäftsgebiet des Institors 16

III. Formelle Bezugnahme auf das Präpositionsverhältniss? 17

§. 3. Haftung des Institors und des Geschäftsherrn . . . 55

§. 4. Die actio quasi institoria 63

§. 5. Geltung der actio institoria im heutigen Recht . . . 70

Inhalts-Verzeichniss.

Einleitung.

Das römische Recht hat noch in der Periode seiner Entwicklung, welche mit der justinianischen Kompilation abschliesst, grundsätzlich an der strengen Regel des Civilrechts festgehalten, dass nur derjenige aus einem Vertrage berechtigt und verpflichtet werde, der ihn abgeschlossen habe. Die Ansicht Savigny's,[1]) dass im spätern römischen Recht alle Verträge mit Ausnahme der Stipulation durch Stellvertreter hätten abgeschlossen werden können, ist längst widerlegt.[2]) Es hat jedoch das römische Recht durch Vermittlung des prätorischen Edikts Institute geschaffen, welche jene Regel des jus civile zwar nicht principiell beseitigt, aber in

[1]) Syst. III. S. 96 ff. Obl. II. S. 40 ff.

[2]) Ruhstrat, Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung. Oldenb. 1854. S. 1 ff.; Mühlenbruch, Cession, S. 44; Puchta, Inst. §. 203; Wächter II. S. 677; Chambon, Die Negotiorum Gestio. Leipzig 1848. S. 176 ff.; Vang. III. S. 293; Windsch. §. 73 not. 14.

mehrfacher Richtung durchbrochen haben. Es sind diess die sogenannten actiones adjecticiae qualitatis, unter welchen die actio exercitoria, institoria und quasi institoria die allgemeinste Bedeutung für das Obligationenrecht haben, während die übrigen, auf die Verträge gewaltunterworfener Personen sich beschränkend, ihrer ganzen Grundlage nach wesentlich dem Familienrecht angehören. Für die Frage, in wie weit es möglich sei, obligatorische Verträge durch freie Personen abzuschliessen, kommen daher vorwiegend jene drei erstgenannten Klagen in Betracht.

Während das römische Recht niemals zur Erfassung des reinen Gedankens der Stellvertretung durchgedrungen ist und die justinianische Kompilation in dieser Richtung das Bild einer unfertigen auf halbem Wege stehen gebliebenen Entwicklung bietet, hat ein unbestreitbares deutsches Gewohnheitsrecht in principieller Emancipation vom römischen Rechte die Möglichkeit der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen allgemein anerkannt. [3])

---

[3]) Buchka, Lehre von der Stellvertretung. Rostock u. Schwerin 1852. 2. Abschnitt; Wächter II. §. 88; Savigny, Syst. Bd. III, §. 313; Dernburg, Heidelberger Zeitschr. Bd. 1. S. 1 ff.; Chambon, Die Neg. gestio S. 187 ff.; Scheurl, Krit. Ueberschau I. S. 315 ff., s. übrgs unten; Jhering, Jahrb. I. S. 273 ff.; Ruhstrat, Arch. f. civ. Pr. XXX. S. 340 ff.; Derselbe, Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung; Windscheid, §. 73, 313; Brinz, Krit. Blätter Nr. 2; Pandekt. §. 367, 371; Laband, Zeitschr. f. Handelsrecht X. Nr. 4.

Anderer Meinung nam. Puchta, Lehrb. §. 273; Scheurl, Jahrb. f. Dogm. II. S. 27; Kuntze, Die Obligat. S. 264 ff.; Bähr, Jahrb. f. Dogm.

Hauptsächlich durch diesen tiefgehenden Gegensatz zwischen römischer und moderner Anschauung ist das richtige Verständniss der actio exercitoria und institoria, welche sich mit der Stellvertretung in manchen Punkten nahe berühren, vielfach getrübt worden. Unter dem Einfluss moderner Rechtsgedanken wurden Natur und Voraussetzungen jener Klagen oft durchaus im Widerspruch mit den römischen Quellen aufgefasst oder denselben eine falsche Stellung im heutigen Rechtssystem angewiesen. Auf der einen Seite suchte man moderne Sätze aus dem römischen Rechte zu erklären oder deren Existenz von einem einseitig romanistischen Standpunkt aus zu leugnen, weil sie mit dem Inhalt des Corpus Juris nicht im Einklang standen; auf der andern Seite dagegen wurde antiquirten Regeln des römischen Rechts noch praktische Geltung beigelegt trotz des offenbaren Widerspruchs mit dem bestehenden Recht, welches einfach ignorirt oder künstlich unter die römischen Begriffe untergebracht wurde. Hieraus ergab sich eine grosse Verschiedenheit der Ansichten in allen hier einschlagenden Fragen. In diesem Umstand möge die nachfolgende Darstellung der actio institoria, namentlich ihrer Voraussetzungen, sowie eine nochmalige Untersuchung der Frage, ob und in wie weit dieselbe noch im heutigen Recht Geltung beanspruchen kann oder modernen Anschauungen hat weichen müssen, ihre Rechtfertigung finden.

VI. S. 288 ff.; Zaun, Arch. f. pr. R. W. N. F. I. S. 32 ff.; Vang. III. S. 293 ff.; Thöl, §. 25 not. 1, 2.

Um insonderheit die letztere Frage zu beantworten und hiedurch zu einer richtigen Auseinandersetzung zwischen römischem und deutschem Rechte zu gelangen, ist es nothwendig, zur Stellvertretungstheorie bestimmte Stellung zu nehmen. Der Standpunkt, welchen ich in dieser Frage einnehme, ist derjenige, welcher der in der Theorie und gemeinrechtlichen Praxis herrschenden Meinung entspricht, die auch von den neueren Gesetzgebungen wohl ausnahmslos getheilt wird. Nach dieser Meinung, die ich hier nur in ihren allgemeinsten Umrissen wiedergebe, ist Stellvertretung beim Abschluss von Verträgen dann vorhanden, wenn jemand seinen eigenen Vertragswillen im Namen eines andern mit der Absicht erklärt, dass nur dieser aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet werden solle. Die Stellvertretung unterscheidet sich dadurch, dass der Stellvertreter in fremden Rechtsgeschäften thätig wird, von der Leistung blos thatsächlicher Dienste; ebenso ist sie begrifflich scharf zu trennen von der Thätigkeit des Boten, welcher die Mittheilung des Vertragswillens des einen Kontrahenten an den andern als reines, in Bezug auf die Erzeugung einer rechtlichen Wirkung unter den Parteien völlig willenloses Werkzeug des Absenders besorgt.

Die Voraussetzungen der Stellvertretung sind Handlungsfähigkeit in der Person des Stellvertreters, aus dessen Person alle das Vorhandensein, den Umfang, die Ernstlichkeit, die Fehlerlosigkeit u. s. w. der Willensbestimmung betreffenden Fragen zu beantworten sind; ferner in der Person des Vertretenen die Fähigkeit zum Erwerb der Rechte und zur Uebernahme der Verpflichtungen, die durch den Vertrag erzeugt

werden sollen; sodann ist erforderlich die Vollmacht, d. h. die rechtliche Macht, Rechtsgeschäfte im Namen eines andern mit der Wirkung abzuschliessen, dass nur dieser unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. Diese Vollmacht, welche keineswegs identisch ist mit dem Auftrag, kann beruhen unmittelbar auf dem Gesetz, in einem obrigkeitlich oder durch die Verfassung einer juristischen Person verliehenen Amte, endlich — der in erster Linie hieher gehörige Fall — auf Ertheilung (Ermächtigung) seitens des zu Vertretenden. Endlich ist erforderlich, dass der Stellvertreter dem dritten Kontrahenten seinen Willen, als Stellvertreter handeln zu wollen, erkläre. Diese Erklärung steht unter den allgemeinen Regeln über formlose Willenserklärungen. Die dem Stellvertreterswillen adäquateste Form ist das Kontrahiren im Namen des Geschäftsherrn. Die Erklärung kann sich aber auch in jede beliebige andere Form kleiden, wenn nur klar hervorgeht, dass der Kontrahent als wirklicher Stellvertreter handeln wolle.

Ist den eben genannten Voraussetzungen genügt, so wird aus dem Vertrage nur der Vertretene berechtigt und verpflichtet, wie wenn er ihn selbst abgeschlossen hätte. Der Stellvertreter dagegen bleibt jedem Obligationsnexus fremd und wird weder berechtigt noch verpflichtet. Rechte und Verpflichtungen entstehen und bestehen von Anfang an lediglich in der Person des Vertretenen, ohne auch nur einen einzigen Augenblick durch die Person des Vertreters hindurchzugehen.

Eine nähere Begründung dieser Sätze liegt ausserhalb des Plans dieser Arbeit. Ich verweise bezüglich derselben auf die ausführlichen Darstellungen der oben angeführten Schriftsteller und wende mich sofort zur Darstellung der actio institoria.

Die actio institoria.

§. 1. Begriff des Institors.[1])

Unter Institor [2]) versteht das römische Recht eine Person, welche von einer andern (Geschäftsherr, Principal, Präponent) angestellt ist, um auf Rechnung derselben ein Gewerbe oder eine zu einem Gewerbe gehörige Gattung von Geschäften zu betreiben. [3]) Der Institor besorgt nicht ein einzelnes Geschäft, sondern ein ganzes Gebiet, einen Kreis von Geschäften. Diese können der allerverschiedensten Art sein,

---

[1]) Die deutsche Sprache besitzt keinen gleich umfassenden technischen Ausdruck; ich behalte daher der Kürze und Deutlichkeit halber den lateinischen durchaus bei.

[2]) cf. Franc. Duarenus. In Tit. 25. Lib. 4. Cod. et Tit. 3. Lib. 14. Pandect. pag. 1304.

Hug. Donellus. Comm. ad Tit. Cod. de institor. et exercit. act. pag. 145 ff.

Ramos del Manzano ad Tit. de instit. actione Commentarius adversarius in Meermanni thesaur. juris civilis et canon. Hagae Comitum 1751. tom. VII. pag. 19 ff.

Glück, Komment. XIV. S. 237 ff. Kritz, Das Pandektenrecht. Meissen 1835. S. 288 ff.

Thöl §. 21. Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen. Leipzig 1840. S. 413 ff.

[3]) Gaj. IV. 71, §. 2. J. quod cum eo 4, 7; l. 3, 4, 5 pr. — §. 10; l. 18 h. t. vgl. l. 1 §. 2 de exerc. act. 14, 1; l. 11 §. 6; l. 16 h. t.

und hieraus ergeben sich ebenso viele Arten des Institors selbst. Eine Darstellung derselben [4]) hat hier kein Interesse, da sie alle dieselbe juristische Natur haben, auf welche es hier allein ankömmt. Zu bemerken ist nur, dass das römische Recht eine Art des Institors, den magister navis, und eine Art der actio institoria, die actio exercitoria, der ein besonderer Pandektentitel gewidmet ist, hervorhebt. Diess erklärt sich dadurch, dass sehr wahrscheinlich zunächst in einem besonderen Edikt die Klage gegen den Rheder aus Verträgen des Schiffsführers eingeführt wurde, weil hier das Bedürfniss am dringendsten war — l. 1 pr. de exerc. act. 14, 1 — und dass erst ein späteres Edikt die Klage als actio institoria auf Präponenten jeder Art ausdehnte. [5]) Hiefür spricht die Ordnung, in welcher beide Klagen in den römischen Quellen abgehandelt zu werden pflegen und namentlich l. 7 §. 1; l. 13 §. 2 de instit. act. Die l. 4 C. h. t., welche dieser Auffassung zu widersprechen scheint, erkläre ich damit, dass trotz des höheren Alters der exercitoria sich dennoch einzelne Sätze zuerst bei der institoria ausgebildet haben und dann auf jene übertragen worden sind.

Die Frage über das geschichtliche Verhältniss der beiden Klagen zu einander ist übrigens ohne Erheblichkeit für ihre dogmatische Beurtheilung. Juristische Bedeutung hat die Aussonderung der actio exercitoria nur insofern, als für dieselbe einige Besonderheiten gelten, welche die Förderung der Schifffahrt im Auge haben und auf andere Gewerbe nicht anwendbar sind — l. 1 §. 5; 19; 20 de exercit. act. Im übrigen ist sicher, dass beide Klagen durchaus dieselbe Natur haben, dass die exercitoria nur eine Art der institoria ist

[4]) Thöl §. 22.

[5]) S. übr. Donell. a. a. O. Nr. 25.

und dass sämmtliche Sätze, welche die Quellen für die eine aufstellen, unbedenklich auch auf die andere angewandt werden dürfen. [6]) Dem Institor wesentlich ist sein juristischer Karakter. Er steht darin mit dem Stellvertreter durchaus auf gleicher Stufe, dass er in fremden Rechtsgeschäften auftritt und nicht blos thatsächliche Dienste für einen Dritten leistet. [7]) Er ist da, um innerhalb des Gewerbebetriebs zu kontrahiren, seinen eigenen Vertragswillen zu erklären; er unterscheidet sich daher wie der Stellvertreter streng von dem Boten, welcher lediglich als Werkzeug die Erklärung des Willens des Geschäftsherrn zu überbringen hat. Allerdings ist es möglich, dass ein Institor auch einmal als blosser Bote auftritt; aber diess muss aus den Umständen klar hervorgehen, und es treten sodann die gewöhnlichen Regeln über Vertragsschluss durch Boten ein.

---

[6]) Cujac. ad libr. XIV. tit. I. Editio Neapolit. Tom. X. pag. 429 Sed utraque institoria vel exercitoria dici potest. Nam et qui institorem praeponit, exercitor est, quia tabernam aliudve negotium exercet. Et magister navis quasi institor est, quia instat navi locandae vel mercibus etc.

Glück XIV. S. 236; Kritz S. 292; Chambon, Beiträge zum Obl. R. Jena 1851. S. 185.

Sav. Obl. §. 54: »Die institoria ist eigentlich nur eine abstraktere exercitoria actio.« Unterholzner §. 196.

Wenn im folgenden vom Institor die Rede ist, so ist darunter immer auch der magister navis verstanden, sofern sich aus dem Zusammenhang nichts anderes ergibt.

[7]) l. 1 §. 2 de exercit. actione; l. 11 §. 6; l. 16 h. t. Thöl §. 21 not. 1; 2.

§. 2. Voraussetzungen der institorischen Klage.

I. Die Praepositio.

Erste Voraussetzung der actio institoria ist, dass ein wirklicher Institor kontrahirt habe. Der Institor ist diess durch eine giltige Anstellung, praepositio, d. h. eine einseitige Erklärung des Geschäftsherrn, durch welche er zum Betrieb eines Gewerbes oder eines gewissen in ein Gewerbe einschlagenden Geschäftskreises ermächtigt wird. [1]) Die Erklärung ist durchaus an keine Form gebunden und kann ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erfolgen. Der häufigste Fall ist die Anstellung in einem Handelslokal, in einem offenen Laden etc. Dieselbe wird auch insofern sehr frei behandelt, als sie nicht durch den Geschäftsherrn selbst zu geschehen braucht, sondern auch durch einen Prokurator, Tutor, Kurator [2]) und für den Fall nachfolgender Genehmigung durch einen negotiorum gestor [3]) erfolgen kann.

Da die praepositio Verpflichtungen des Geschäftsherrn zur Folge hat, so ist auf seiner Seite zu einer giltigen Anstellung volle Verpflichtungsfähigkeit erforderlich; die praepositio durch einen Pupillen muss daher auctoritate tutoris geschehen; sonst haftet er nur bis zum Betrage der Bereicherung. [4])

Was die Erfordernisse in der Person des Institors betrifft, so kann Institor sein jede handlungsfähige Person

---

[1]) Buchka S. 39.

[2]) l. 5 §. 18 h. t. bezügl. des procurator omnium rerum cf. l. 6 eod.

[3]) l. 7 pr. eod.

[4]) l. 1 §. 16 de exerc. act. l. 9; 10 h. t.

ohne Rücksicht auf Gewaltunterworfenheit,[5]) Geschlecht,[6]), Alter.[7]) Was insonderheit das letztere betrifft, so wird der Geschäftsherr um desswillen nicht weniger verpflichtet, weil ein als Institor angestellter Pupill ohne Mitwirkung des Vormunds kontrahirt hat. Denn wenn der Dritte auch in diesem Fall ein Klagrecht gegen den Pupillen nicht hat, so ist doch die Naturalobligation eine hinreichende Grundlage für eine wirksame actio institoria gegen den Geschäftsherrn.[8]) Nur muss überhaupt ein Vertrag zwischen dem Institor und dem Dritten zu Stande kommen können.[9]) Ist diess der Fall, so kann, trotzdem die Verpflichtung des Institors eine unvollkommene ist, die des Geschäftsherrn eine vollkommene sein.[10])

Die innere Seite des Verhältnisses zwischen praeponens und praepositus kann eine juristisch sehr verschiedene Natur haben. Dieselbe ist für die Haftung des Geschäftsherrn durchaus unerheblich, da für diese seine blosse Willenserklärung, dass jemand sein Institor sein solle, genügt. Auch in dieser Hinsicht ist die praepositio durchaus zu beurtheilen wie die Vollmacht und kann ebenso wenig wie diese unter eine bestimmte römische Vertragskategorie gebracht werden. Bei den Römern stand der Institor zum Praeponenten gewöhnlich im Verhältniss des Gewaltunterworfenen zum Gewalthaber. Ist der Institor ein Freier, so kann ein Mandatsvertrag zu Grunde liegen, der durchaus

---

[5]) Gaj. IV. 71; §. 2 J. quod cum eo 4, 7; l. 1 §. 4 de exerc. act. l. 1; l. 7 §. 1; l. 11 §. 8; l. 12; l. 19 §. 1 h. t.

[6]) l. 7 §. 1; l. 8 h. t.

[7]) l. 1 §. 4 de exerc. act.; l. 7 §. 2; l. 8 h. t.

[8]) Ruhstrat, Civ. Arch. XXXIII. S. 29 ff.

[9]) Thöl § 27a not. 2.

[10]) l. 7 §. 11 de SC. Mac. 14, 6; l. 3 §. 11; l. 23 de minoribus, 4, 4.

unter den gewöhnlichen Regeln steht.[11]) Dagegen ist es völlig falsch, wenn manche Mandat und praepositio identificiren (z. B. Kritz S. 291), wie es häufig auch bei Mandat und Vollmacht der Fall ist. Uebrigens ist zu bemerken, dass zur verbindenden Kraft der praepositio keineswegs auch die civilrechtliche Giltigkeit des Mandatsvertrags erforderlich ist, da es für die actio institoria genügt, wenn sich der Wille des Geschäftsherrn, dass jemand Institor sein solle, kundgegeben hat.[12])

Das Institorenverhältniss kann ferner beruhen auf einer locatio conductio,[13]) einem Innominatkontrakt,[14]) einer negotiorum gestio.[15])

II. Materieller Zusammenhang des Vertrags mit dem Geschäftsgebiet des Institors.

Der vom Institor eingegangene Vertrag muss, um eine Haftung des Praeponenten zu erzeugen, zu denjenigen Geschäften gehören, zu deren Abschluss er durch den Willen desselben, durch die praepositio ermächtigt ist. Welches diese Geschäfte seien, ist nach den gewöhnlichen Regeln über Auslegung von Willenserklärungen zu beurtheilen. Genaue, ins einzelne gehende Grundsätze lassen sich hier nicht aufstellen.[16])

---

[11]) l. 1 §. 18 de exerc. 14, 1; l. 1 h. t.

[12]) Ruhstrat, Civ. Arch. XXXIII. S. 29 ff. S. 216 not. 45.

[13]) l. 1 §. 18 de exerc. act.; l. 5 pr. eod.; l. 11 §. 8; l. 12 h. t.

[14]) Thöl §. 23 not. 20.

[15]) l. 1 h. t.

[16]) Kritz, S. 299: »Wozu ein Institor unmittelbar berufen sei, diess braucht nicht erörtert zu werden; die Anstellung und das Geschäft, zu welchem er angestellt worden, spricht es in jedem konkreten Falle aus, und wozu ein Institor mittelbar um des Zweckes seiner Anstellung willen berufen sei, diess kann nicht erörtert werden. Nicht nur macht

Der Geschäftsumfang kann durch den Wortlaut der praepositio bestimmt sein; er kann sich aber auch aus der Natur des betriebenen Geschäfts, aus der ganzen Stellung, die dem Institor eingeräumt ist, überhaupt aus den allerverschiedensten Umständen ergeben, deren Würdigung dem richterlichen Ermessen anheimgestellt ist.[17]) Das römische Recht und die Partikularrechte haben die Frage, welche Verträge zum Geschäftskreis eines Institors gehören, für gewisse Einzelfälle des genaueren beantwortet, bezüglich deren ich auf Thöl, §. 31 a. not. 2—12 verweise und die im ganzen die oben aufgestellte allgemeine Regel bestätigen.

III. Formelle Bezugnahme auf das Präpositionsverhältniss?

Nach der fast allgemein getheilten Ansicht der neueren Schriftsteller[18]) ist die actio exercitoria und institoria nur dann anstellbar, wenn unter Kundgeben der Institorenqualität, unter vertragsmässiger Bezugnahme auf das zwischen dem Kontrahenten und dem Geschäftsherrn bestehende Präpositionsverhältniss kon-

---

diess die unendliche Varietät der Geschäfte unausführbar, sondern auch der Umstand, dass unter gegebenen Voraussetzungen demselben Geschäft mittelbar etwas dienen kann, von dem sich diess unter andern Voraussetzungen nicht würde behaupten lassen.«

[17]) Als einzelne Fälle vgl. man z. B. l. 1 §. 11, 12 de exerc. act.; l 5 §. 9; l. 19 §. 3 h. t.

[18]) Thibaut §. 877; Gensler, Civ. Arch. I. S. 393—395; Heise und Cropp, Ueber die Ansprüche des Inhabers einer Anweisung etc. in Jurist. Abhdlgn. Hamb. 1827—30. Bd. 2. S. 388; Buchka §. 5; Mühlenbruch, Cession, §. 14; Ruhstrat, Civ. Arch. XXXIII. S. 25 ff.; Derselbe, Ueber Savigny etc. S. 10 ff.; Unterholzner §. 197; Chambon, Beiträge, S. 198; Sintenis, §. 102; Kritz S. 301; Ihering, Jahrb. I. S. 312 ff.; Thöl §. 25. 26, 29; Windsch. §. 482 not. 9; Brinz S. 1616.

trahirt worden ist. Hierin liegt zugleich ausgesprochen, dass auf Seiten des dritten Kontrahenten einem subjektiven Erfordernisse genügt sein müsse: er muss um das Präpositionsverhältniss gewusst haben, sein Wille muss darauf gerichtet gewesen sein, den Präponenten zum Schuldner zu bekommen. Er muss diesen, wie man es gewöhnlich ausdrückt, beim Abschluss des Vertrags im Auge gehabt haben. Namentlich Thöl, §. 25 und 29, führt des näheren aus, dass die doppelte Haftung des Institors und des Principals nur dann eintrete, wenn der Institor mit Bezugnahme auf den Principal kontrahire: »der Institor präsentirt sich als Institor, er kontrahirt mit Bezugnahme auf den Principal, mit Hinweisung auf den Principal, unter der Angabe, dass er für Rechnung des Principals kontrahire, unter Gebrauch des Namens seines Principals, unter Gebrauch der Firma seines Hauses, er stellt den Kontrakt auf den Namen des Principals, er kontrahirt im Namen des Principals.« Die Hinweisung auf den Principal kann sodann nach Thöl auch in den Umständen liegen. Aber auf irgend eine Weise muss sie stattfinden; denn es genügt nicht, dass der Dritte beim Vertragsabschluss den Principal im Auge gehabt habe. »Es ist nothwendig, dass die Rücksichtnahme auf den Principal nicht blos eine beiderseitige, aber vereinzelte, sondern zweiseitige, vertragsmässige sei.« Ist diesen Bedingungen nicht genügt, so ist die institorische Klage nicht begründet, gleichviel ob und was der Dritte von dem Institorenverhältniss wusste.

So Thöl. Mit ihm stimmt im wesentlichen überein die herrschende Ansicht, welche nur dann, wenn der Institor im Namen des Principals kontrahirt, im Widerspruch mit Thöl Stellvertretung annimmt.

Eine abweichende Ansicht wird aufgestellt von Savigny,

Obl.-R. II. S. 61—69, und auch Vangerow §. 608 Anm. IV. 2 b erklärt die actio exercitoria, institoria und quasi institoria immer auch dann für anwendbar, wenn in dem Vertrage blos eine Beziehung auf die Paziszenten selbst vorkömmt, ohne jedoch diese Ansicht näher zu begründen. In neuester Zeit hat nun Mandry, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XIV. S. 395—397 der herrschenden Meinung den Satz gegenübergestellt, dass der Abschluss des Vertrags durch einen Schiffsführer oder Institor und der weitere Umstand, dass dieser Vertrag abgeschlossen worden sei ejus rei causa (gratia, nomine), cujus (cui) praepositus fuit, die beiden einzigen Voraussetzungen der Nebenhaftung des Geschäftsherrn seien. Keine dieser Voraussetzungen involvire aber die weitere Voraussetzung, dass beim Vertragsabschluss die Beziehung zum Geschäftsherrn beziehungsweise dem Geschäft dem dritten Kontrahenten bekannt gewesen oder bekannt gegeben worden sein müsse. »Der Institor ist und bleibt Institor, auch wenn er diese seine Qualität nicht hervortreten lässt und ejus rei causa, cui praepositus fuit ist kontrahirt, sobald der Vertrag in materiellem Zusammenhang mit dem betreffenden Geschäftskreis steht, auch wenn dieser Zusammenhang nicht hervorgehoben und dem dritten Kontrahenten bekannt gegeben wird.«

Ich halte Mandry's Ansicht für die richtige, da nur sie der römischen Anschauung über den Grund der Haftung des Geschäftsherrn entspricht. Die herrschende Meinung verdankt ihre fast ausnahmslose Geltung dem Bestreben der Rechtswissenschaft, die Stellvertretung, deren Vorhandensein im Rechtsleben sich nicht von der Hand weisen liess, aus dem römischen Rechte selbst zu begründen. Hiezu schienen unsere adjekticischen Klagen die beste Handhabe zu bieten, da die Haftung des Präponenten der des Vollmachtgebers

äusserlich sehr ähnlich scheint, und so wurden die formellen und subjektiven Voraussetzungen der Stellvertretung ohne nähere Prüfung auf die actio institoria übertragen. Den Grund der Haftung des Präponenten sah man wie bei der Stellvertretung neben anderm auch in der Bezugnahme auf das Verhältniss zwischen Kontrahent und Geschäftsherrn, im Wissen des Mitkontrahenten um dieses Verhältniss und im erklärten Willen der Parteien, dass der Geschäftsherr Schuldner sein solle. Allein der Gedanke der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen ist den Römern grundsätzlich fremd, und auch bei den einzelnen Instituten, in denen er zum Durchbruch gekommen zu sein scheint, beruht die Berechtigung oder Haftung des angeblich Vertretenen durchweg auf ganz andern Grundlagen als auf vertragsmässiger Rücksichtnahme der Kontrahenten. Dass jemand aus einem Vertrage hafte, an welchem er selbst gar nicht als Kontrahent betheiligt ist, hat für den römischen Rechtssinn etwas so ungewöhnliches, dass, wenn einmal eine solche Haftung vom positiven Recht statuirt ist, wir bei den römischen Juristen ein genaues Eingehen auf alle ihre Voraussetzungen erwarten dürfen. Sollten daher für die Haftung des Präponenten Voraussetzungen massgebend sein ähnlich den bei der Stellvertretung vorkommenden, wie Rücksichtnahme auf den Vollmachtgeber, Wissen des Mitkontrahenten um die Vollmacht, so dürfen dieselben in keiner Weise als selbstverständlich subintelligirt, sondern müssen aus den römischen Quellen so deutlich nachgewiesen werden, dass an ihrem Vorhandensein nicht gezweifelt werden kann. Denn sogenannte allgemeine Gründe, welche dem Wesen der Obligation und des obligatorischen Vertrags entnommen sind, können hier nicht den Ausschlag geben, wo es sich um ganz eigenartige, auf rein positivrechtlicher Grundlage beruhende Institute handelt. Für deren Beurthei-

lung sind wir lediglich an das prätorische Edikt, soweit dessen Inhalt noch erkennbar ist, an die Pandektenjuristen und die spätere Kaisergesetzgebung gewiesen. Wenn daher z. B. Thöl §. 29 not. 8 ausführt, ein Geschäft, welches der Institor ohne Hinweisung auf den Principal abschliesse, erscheine lediglich als eigenes Geschäft des Institors, ein dem Gläubiger nicht ausgesprochener Wille sei für Begründung einer Obligation gar kein Wille, es liege also in Betreff des Principals gar kein Vertrag vor, so ist mit einer solchen Deduktion lediglich nichts bewiesen. Denn sie geht von Prämissen aus, die eben erst bewiesen werden sollen, dass nemlich eine Obligation nur durch vertragsmässige Rücksichtnahme auf den Willen der Obligationssubjekte entstehen könne, dass nur ein dem Gläubiger erklärter Wille eine Schuldnerschaft begründen könne. Dass die Römer die Entstehung einer Obligation auch ohne diese Rücksichtnahme und ohne diese Erklärung für sehr wohl möglich hielten, geht aus der Existenz der actio tributoria, de peculio und de in rem verso unbestreitbarer Massen hervor, und es ist kein Grund abzusehen, der die Annahme von vornherein ausschlösse, dass auch der praepositio und dem materiellen Zusammenhang eines Vertrags mit dem Vermögen des Geschäftsherrn verbindende Kraft vom positiven Recht beigelegt worden sei.

Derartige allgemeine Betrachtungen sind nicht im Stande, ein sicheres Ergebniss zu liefern. Ich wende mich daher sofort zur Untersuchung des hieher gehörigen Quellenmaterials.

Zur Bezeichnung der Voraussetzungen, unter welchen die exercitoria und institoria actio statt finde, bedienen sich die römischen Quellen folgender Wendungen:

> Gaj. IV. 71 — tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum

navi praeposuerit, et quod cum eo ejus rei gratia, cui praepositus fuit (ebenso §. 2 I. quod cum eo 4, 7) negotium gestum erit . . . . . institoria vero formula tunc locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium . . . . . praeposuerit et quid cum eo ejus rei gratia (§. 2 I. cit. causa) cui praepositus est, contractum fuerit.

Ulpian l. 1 §. 7 de exerc. act.: Non autem ex omni causa Praetor dat in exercitorem actionem, sed ejus rei nomine, cujus ibi praepositus fuerat, id est si in eam rem praepositus sit, utputa si etc.

Idem l. 5 §. 11 h. t.: Non tamen omne quod cum institore geritur, obligat eum qui praeposuit, sed ita, si ejus rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est duntaxat ad id quod eum praeposuit.

Idem §. 15 eod.: Nam ejus rei causa, in quam praepositus est, contractum est.

Idem §. 16 eod.: Item fidejussori, qui pro institore intervenerit, institoria competit; ejus enim rei sequela est.

Idem l. 11 §. 2 h. t.: Ceterum qui praeposuit tenetur ipsa praepositione.

Imp. Alexander l. 2 C. h. t.: — de eo tamen quod . . . . cum institore ex causa cui praepositus fuit, contractum est, in solidum (dominos) conveniri posse.

Idem l. 3 C. eod.: Ejus negotii causa quod per eum exercebatur.

Dass alle diese Ausdrücke sich lediglich auf das oben S. 16—17 erörterte Erforderniss des materiellen Zusammenhangs beziehen, wird selbst von den meisten Vertheidigern der herrschenden Ansicht eingeräumt. Was insbesondere den Ausdruck ejus rei nomine betrifft, so geht diess klar aus folgendem hervor:

Nachdem Ulpian in der l. 1 §. 7 cit. die Voraussetzungen der exercitoria dahin bestimmt, dass ejus rei nomine etc. kontrahirt sein müsse, wirft er im §. 8 die Frage auf: Wenn der Schiffsführer ein Darlehen aufnimmt, kann man dann auch sagen, es sei ejus rei nomine ein Geschäft eingegangen? Der Jurist antwortet hierauf: Ejus rei nomine ist dann kontrahirt und wird demnach die Klage gegeben, wenn das Geld zum Gebrauch in dem übertragenen Geschäfte, z. B. zur Ausrüstung des Schiffes, aufgenommen ist. Diess kann nur heissen: wenn das Darlehen in materiellem Zusammenhang mit dem Geschäftsgebiet des Schiffsführers steht. Denn wollte man ejus rei nomine von der formellen Bezugnahme auf das Institorenverhältniss verstehen, so wäre in diesem §. der sinnlose Satz ausgesprochen: Mit formeller Bezugnahme auf das Institorenverhältniss ist dann contrahirt, wenn das Darlehen aufgenommen ward, um die für das Geschäft nöthigen Auslagen zu bestreiten.[19])

Wenn Brinz S. 1616 bemerkt, ejus rei »gratia« cui quis praepositus est lasse sich kaum sagen von demjenigen, der blos thatsächlich innerhalb der Vollmacht contrahire, so ist doch klar, dass Ulpian in der l. 5 §. 11 cit. mit ejus rei gratia genau dasselbe sagen will, wie in l. 1 §. 7; 8 cit.

---

[19]) S. auch Brissonius de Verb. Sign. V. Nomen Nr. 6. Dirksen Man. Lat. V. Nomen §. 2.

mit ejus rei nomine und dass er nicht daran denkt, in der erstern Stelle durch den anders gewählten Ausdruck auszusprechen, es sei hier noch ein weiteres formelles Erforderniss aufzustellen. Dass aber in l. 1 §. 7; 8 nur vom materiellen Zusammenhang die Rede sein kann, wurde soeben nachgewiesen. Jeder Zweifel wird übrigens gehoben, wenn man den §. 12 der l. 5 liest, in welchem die in §. 11 aufgestellte Regel in einem praktischen Fall erläutert wird:

Proinde si praeposui ad mercium distractionem, tenebor nomine ejus ex emto actione.

Dass hier der in §. 11 ausgesprochene Satz nur mit andern Worten in seiner Anwendung auf ein Beispiel wiederholt wird, dass also gratia und nomine ejus rei gleichbedeutend sind, bedarf demnach keiner weitern Ausführung.

Dasselbe ist zu behaupten von den Ausdrücken gratia und causa. Diess geht namentlich hervor aus §. 2 I. cit., in welchem der Verfasser der Institutionen, der in seiner Darstellung fast wörtlich mit Gajus übereinstimmt, das einemal dem von Gajus gebrauchten gratia das Wort causa substituirt, womit er jedenfalls dasselbe sagen will.[20])

Ich gehe nun über zur Prüfung der Stellen, welche hauptsächlich für die Nothwendigkeit der formellen Bezugnahme angeführt werden. Gensler a. a. O. und Cropp a. a. O. berufen sich auf l. 6 §. 1 u. l. 31 pr. de neg. gest. 3, 5. Die letztere Stelle ist unten S. 26 näher besprochen. Die erstere lautet:

---

[20]) S. Brisson. V. Gratia Nr. 3. Dirksen, Man. Lat. V. Gratia §. 5. cf. auch Thöl §. 29 g. E.

Julianus libr. III. Dig.

> Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dederim tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum, cum quo contraxi, nullam. Quid tamen, si a procuratore tuo stipulatus sum? Potest dici, superesse mihi adversus te negotiorum gestorum actionem, quia ex abundanti hanc stipulationem interposui.

Zweifellos ist in dieser Stelle angenommen, dass der dritte Kontrahent den Geschäftsherrn im Auge gehabt hat; allein eben so sicher ist, dass das Fragment gar nicht von der als actio quasi institoria gegen den Geschäfsherrn gegebenen Kontraktsklage redet, sondern ausschliesslich von der actio negotiorum gestorum contraria. Diese aber erfordert allerdings regelmässig die Absicht des negotiorum gestor den Geschäftsherrn zu obligiren. Dass hier der Klage jegliche Beziehung zur actio quasi institoria abgeht, erhellt aus der ausdrücklichen Verweigerung einer Klage gegen den Prokurator. Die institoria ist ja aber nur ein Zusatz zur Vertragsklage, also, wo diese fehlt, begrifflich unmöglich. Die Klage gegen den Prokurator ist ausgeschlossen, weil dieser nach dem Willen der Parteien gar nicht Schuldner werden und durch das Kontrahiren mit demselben nur ein Anspruch gegen den Geschäftsherrn begründet werden sollte.[21])

Ferner wird angeführt l. 10 §. 5 mandati, 17, 1.

Ulpianus libr. XXXI. ad Edict.

> Idem Papinianus libro eodem (tertio Responsorum) refert, fidejussori condemnato, qui ideo fidejussit,

---

[21]) Chambon, Neg. gestio, S. 182 ff. Buchka §. 5 not. 16 a. E.

quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam, quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur.

Das hier zu Grunde liegende thatsächliche Verhältniss ist offenbar dasselbe wie in der l. 31 pr. de neg. gest. 3, 5:

Papinianus libr. II. Resp.

Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam, cujus literas creditor secutus contraxit, et fidejussor intervenit; etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis.

Es hatte jemand einem Dritten den Auftrag gegeben, Geld für ihn aufzunehmen. Dieser borgt die Summe und stellt einen Bürgen, und zwar, nachdem Gläubiger und Bürge von dem Auftrage Kenntniss genommen haben. Da in beiden Stellen der zu Grunde liegende Thatbestand genau derselbe ist, so muss auch die in der l. 10 §. 5 dem Bürgen gegebene Klage dieselbe sein wie die in der l. 31 pr. cit. dem Gläubiger und Bürgen eingeräumte, d. h. nicht die Kontraktsklage als quasi institoria, sondern eine actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae. [22]) Diese Auffassung wird noch dadurch unterstützt, dass Ulpian in der l. 10 §. 5 lediglich die Ansicht Papinians in dessen Responsa referirt, welchem Werke auch die l. 31 cit. entnommen ist. Papinian würde mit sich selbst im Widerspruch stehen, wenn er in

[22]) So auch Ram. del Manz. a. a. O. §. 17 ff., wo sich eine ausführliche Besprechung der versch. Ansichten findet.

dem von Ulpian reproducirten Falle eine andere Klage als die actio negotiorum gestorum im Auge gehabt hätte.

Da also beide Stellen gar nicht von der eigentlichen actio quasi institoria (s. unten §. 4), welche eine adjectio der Kontraktsklage ist, reden, sondern von der unter ihren eigenen Voraussetzungen stehenden actio negotiorum gestorum contraria,[23]) so können dieselben auch nicht zur Bestimmung der Erfordernisse der actio quasi institoria und der actio institoria selbst verwerthet werden.

Die Gewährung der actio negotiorum gestorum im Fall der l. 31 cit. hat an sich gar nichts auffälliges, da die Erfordernisse dieser Klage gegeben sind. Es fragt sich nun aber, was die in den Schlussworten ausgesprochene Berufung auf die Analogie der actio institoria zu bedeuten habe. Ruhstrat[24]) erklärt diess damit, dass dem Gläubiger hier nicht die ursprüngliche vom Civilrecht verliehene actio neg. gest. zustehe, welche nur nach der ratio gegeben wurde: ne negotia absentium desererentur, sondern die auf prätorischem Recht beruhende, welche mit der actio institoria denselben Grund gehabt habe und nach Analogie dieser Klage eingeführt worden sei. Diesen Grund aber sieht Ruhstrat lediglich in dem Umstande, dass der Dritte mit Rücksicht auf den Willen des Geschäftsherrn kontrahirt und durch sein Kontrahiren absichtlich einen Willen desselben in Ausführung gebracht hat, dass also der Wille des Dritten und des Geschäftsherrn, wenn auch nicht sich wirklich vereinigen, so doch in vertragsähnlicher Weise zusammentreffen. Da nun gerade diese Erwägung den Prätor zur Einführung der actio institoria bewogen habe, so habe diess folgerichtiger Weise

---

[23]) S. Buchka a. a. O. Chambon, Neg. gest. S. 187 ff.

[24]) Civ. Arch. XXXIII. S. 36.

zur Anerkennung einer Obligation zwischen dem Geschäftsherrn und demjenigen geführt, welcher absichtlich einem Willen des Geschäftsherrn gemäss für diesen gehandelt habe, ohne hiezu durch einen klagbaren Kontrakt berufen zu sein. Das prätorische Recht habe sodann den Anschluss dieser Obligation an die bereits bestehenden Vorschriften des Civilrechts über negotiorum gestio vermittelt, indem es die Grundsätze der alten obligatio ex negotiorum gestione in Gemässheit des in der actio institoria zum Ausdruck gekommenen Princips weiter entwickelte, daher die actio neg. gest. ad exemplum institoriae actionis.

Diese Ansicht Ruhstrats hängt zusammen mit seiner ganzen Auffassung des Wesens der actio negotiorum gestorum, welche die subjektiven Momente einseitig in den Vordergrund stellt, die Verpflichtung des dominus auf den übereinstimmenden Willen des dominus und gestor gründet, und die objektiven Momente, necessitas und utilitas, nur als Beweisgründe gelten lässt. [25])

Es ist hier nicht der Ort, auf diese Ansicht über die negotiorum gestorum actio und deren geschichtliches Verhältniss zu den adjekticischen Klagen näher einzugehen. Dagegen ist die Auffassung Ruhstrats insofern für uns von Interesse, als nach derselben dasjenige Moment, welches der actio neg. gest. der l. 31 die Eigenschaft einer nach Analogie der institoria gebildeten Klage verleiht, eben die Rücksichtnahme auf den Willen des dominus ist. Wäre letzteres wirklich der Fall, so müssten wir allerdings diese Rücksichtnahme als wesentliche Voraussetzung der institoria annehmen. Die Analogie liegt aber in einem andern Punkte. Der Gläubiger und

---

[25]) Civ. Arch. XXXII. S. 173 ff. XXXIII. S. 25 ff. S. 213 ff. XXXIV. S. 59 ff.

der Bürge sind hier aufgetreten mit der Absicht, die negotia des Geschäftsherrn zu führen; an sich würde ihnen also gegen denselben die direkte actio neg. gest. zustehen. Sie ist aber nur eine utilis, und zwar steht der direkten Klage der Umstand entgegen, dass Gläubiger und Bürge, wenn auch mit Rücksicht auf den dominus, so doch zunächst mit dem Mandatar und mit der Absicht, in erster Linie diesen verbindlich zu machen, kontrahiren. Diese Absicht lässt den animus negotia gerendi in den Hintergrund treten und benimmt der contemplatio des Gestors die Fähigkeit, eine actio directa zu erzeugen. Doch soll sie immer noch so viel Bedeutung haben, um eine utilis hervorzurufen. Der Jurist weist dabei hin auf die Analogie der actio institoria, weil durch diese bereits der Satz zur Anerkennung gekommen war, dass es möglich sei, eine Person dadurch zu obligiren, dass man mit einer andern in der Absicht, diese principaliter zu verpflichten, kontrahire, und dass sich der Geschäftsherr der gegen ihn erhobenen Klage nicht durch Behauptung der Zuständigkeit einer Klage gegen seinen Mandatar entziehen könne. Also nicht die Rücksichtnahme auf den Geschäftsherrn, sondern der Umstand, dass der Gestor zu seinem Mitkontrahenten noch einen weiteren Schuldner erhält, begründen die Analogie zwischen der actio negotiorum gestorum und der actio institoria.

Den bisher besprochenen Quellenstellen wird von den meisten Vertretern der herrschenden Ansicht selbst keine grosse Beweiskraft beigelegt. Um so entscheidender aber erscheint ihnen [26]) ein Ausspruch des Gajus und die entsprechende Stelle der justinianischen Institutionen:

---

[26]) Buchka §. 5; Ruhstrat, Ueber Savigny etc. S. 10 ff.; Civ. Arch. XXXIII. S. 25 ff.; Chambon, Beitr. S. 198, 215 ff.; Thöl §. 29 not. 6.

> Gajus IV. 70. In primis itaque si jussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit: et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur. 71. Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam.

Ich will weiter keinen Werth darauf legen, dass die Institutionen unter Abänderung der Worte des Gajus sagen: »fidem domini sequi videtur,« dass also der dritte Kontrahent nur so angesehen wird, als vertraue er mehr auf den dominus als auf seinen Mitkontrahenten. Es soll zugegeben werden: Gajus hat den Fall im Auge, dass der Dritte den Kontrakt abschliesst mit Rücksicht auf den Geschäftsherrn, dass er sich hinsichtlich seiner Sicherheit auf diesen verlässt und ihn als denjenigen betrachtet, an welchen er sich behufs seiner Befriedigung zu halten habe. Allein die ganze Beweiskraft der Stelle wird hinfällig, wenn man nur bedenkt, dass in derselben gar kein Rechtssatz ausgesprochen ist, sondern lediglich ein Hinweis auf das gesetzgeberische Motiv, welches den Prätor zur Einführung seiner neuen Klagen bestimmte. Nun soll nicht geleugnet werden, dass praktisch in der Mehrzahl der Fälle mit Bezugnahme auf den Geschäftsherrn und oft nur desshalb kontrahirt wird, weil sich der Gläubiger auf des Geschäftsherrn Vertragstreue und Zahlungsfähigkeit verlässt. Nichts liegt näher als die Annahme, dass der Prätor gerade durch diese Fälle zur Gewährung der actio exercitoria und institoria bewogen wurde, da bei ihnen die Anforderung, die strengen Regeln des Civilrechts mit den Ideen der Billigkeit zu vermitteln, am stärksten an ihn herantrat. Denn die Unbillig-

keit, welche darin lag, dass der Dritte den Klagen des Geschäftsherrn direkt oder in Folge von Cession ausgesetzt war, selbst dagegen jeder Klage gegen ihn entbehrte, trat dann am allerauffälligsten hervor, wenn er beim Vertragsabschluss das Geschäft als Angelegenheit des Herrn kannte und mit Rücksicht auf dessen fides kontrahirte. Allein wenn derartige Erwägungen den Prätor bei Erlass der ediktalen Vorschrift leiteten, so folgt daraus noch keineswegs, dass er das fidem domini sequi zur juristischen Voraussetzung der neuen Klagen erhoben und damit ein subjektives auf Wissen und Wollen des dritten Kontrahenten bezügliches Erforderniss sowie eine formelle Bezugnahme auf den Geschäftsherrn statuirt habe. Wäre letzteres der Fall, so liesse sich doch in der That nicht erklären, dass dieses Erforderniss in keiner einzigen Quellenstelle in principieller Formulirung und mit voller Deutlichkeit ausgesprochen ist. Wo das römische Recht an die scientia und voluntas juristische Folgen knüpft, sind wir doch von den Pandektenjuristen andere Ausführungen über die Elemente dieser Requisite gewöhnt, als eine kurz hingeworfene Bemerkung über die legislatorische Berechtigung eines vom Prätor geschaffenen Instituts. Jenes Stillschweigen der Quellen ist um so auffälliger, als die übrigen Voraussetzungen der institorischen Klage, die Frage, wer als Institor zu betrachten sei, welche Erfordernisse in seiner Person zutreffen müssen, welche Verträge in seinen Geschäftskreis gehören, mit einem Eingehen in Einzelheiten behandelt sind, wie wenige Theile des römischen Rechts.

Es ist daher unmöglich, der citirten Bemerkung des Gajus und der Institutionen, die in den ausführlichen Pandektentiteln de exercitoria und de institoria actionenicht wiederholt, geschweige denn näher erörtert ist, eine eigentlich juristische Bedeutung beizumessen. Wollte man auf derartige

unbestimmte Aeusserungen über die ratio einer positivrechtlichen Bestimmung ein entscheidendes Gewicht legen, so könnte man sich für die Ansicht, dass die actio institoria nur materiellen Zusammenhang mit dem Geschäftskreis erfordere, mit ebensoviel Schein als die herrschende Meinung auf Gajus und die Institutionen, auf einen Ausspruch Ulpians berufen, der den Grund unserer Klage ganz wo anders sieht als in dem Willen des dritten Kontrahenten. Ulpian sagt nemlich in l. 1 pr. h. t.

> Aequum Praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum, et conveniri.

Also lediglich um desswillen hat der Prätor die institorische Klage eingeführt, weil derjenige, welcher den Nutzen aus den Geschäften des Institors zieht, billigerweise auch für die von ihm kontrahirten Schulden aufkommen soll. Die Schlussfolgerung, dass zur Haftung des Geschäftsherrn der materielle Zusammenhang genüge, liegt gewiss sehr nahe. Allein ich will die Beweiskraft dieser Stelle keineswegs überschätzen, da auch sie keinen eigentlichen Rechtssatz, sondern nur eine Art rechtsphilosophischer Betrachtung ausspricht, mit welcher Ulpian, wie Gajus in der oben angezogenen Stelle, seine eigentlich juristische Erörterung einleitet. So wenig man aus dem Ulpianischen Fragment in strengem Festhalten an dem Wortlaut folgern dürfte, dass der dominus dann nicht hafte, wenn er im gegebenen Falle keinen Vortheil aus dem Vertrage ziehe, so wenig berechtigt der Ausspruch des Gajus zu dem scheinbar durch den Wortlaut gegebenen Schlusse, dass die Verbindlichkeit des Herrn dann wegfalle, wenn einmal beim Vertragsabschlusse das domini

fidem sequi auf Seiten des dritten Kontrahenten nicht vorhanden gewesen sei.

Ebensowenig Gewicht ist auf andere unbestimmte Aeusserungen der Quellen zu legen. Ruhstrat, Civ. Arch. Bd. 33, S. 25 ff., führt namentlich aus, der Grund der actio institoria sei derselbe wie der der actio Quod jussu, nämlich dass der Dritte quodammodo mit dem Geschäftsherrn selbst kontrahire, l. 1 pr. Quod jussu 15, 4:

Ulpianus libr. XXIX. ad Edictum.

> Merito ex jussu domini in solidum adversus eum judicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet.

Hier soll nach Ruhstrat mit klaren Worten eine Bezugnahme auf den dominus als Grund der Klage angegeben sein. Auch hiegegen ist zu bemerken, dass die Stelle gar keinen Rechtssatz aussprechen will. Und sodann, wie kann man aus diesen absichtlich so vag als möglich gefassten Worten juristische Folgerungen ableiten? Wenn der Dritte »gewissermassen,« also in Wirklichkeit doch nicht, mit dem Geschäftsherrn kontrahirt, so ist damit doch noch nicht gesagt, dass er denselben beim Vertragsabschluss im Auge gehabt habe. »Quodammodo« kontrahirt er auch dann mit ihm, wenn sein Mitkontrahent lediglich den Geschäftsherrn im Auge hat und Vortheil und Schaden des Geschäfts nur diesen treffen, weil materiell nur in seinen Angelegenheiten gehandelt wird.

Hier ist nun aber der Ort, an welchem das Verhältniss der actio exercitoria und institoria zur actio Quod jussu überhaupt zur Sprache zu bringen ist. Beide Klagen sind nicht nur ihrem inneren Wesen nach sehr nahe mit einander verwandt, sondern werden auch von den Quellen beständig in engem Zusammenhang aufgeführt. Was zunächst das historische Verhältniss beider Klagen betrifft, so ist aller Wahrschein-

lichkeit nach die actio Quod jussu die älteste derselben.[27]) Diess geht namentlich hervor aus der Aufzählung derselben bei Gajus IV. 70 und in §. 1; 2 J. quod cum eo 4, 7, wo stets die actio Quod jussu vorangestellt ist. Wenn auch das »In primis« nicht von der Zeit zu verstehen ist, so ist es doch entschieden die Ansicht des Juristen, dass ein Bedürfniss zur Einführung der actio Quod jussu zunächst vorgelegen habe und vom Prätor befriedigt worden sei. Bezeichnend für den engen Zusammenhang der beiden Rechtsmittel ist namentlich auch der Umstand, dass höchst wahrscheinlich die actio exercitoria und institoria ursprünglich auf Verträge von Sklaven und Hauskindern beschränkt war,[28]) worin wiederum ein Beweis für die frühere Entstehung der actio Quod jussu liegt. Denn es ist wahrscheinlicher, dass zuerst der Prätor eine Haftung des Gewalthabers aus den Handlungen der Gewaltunterworfenen an einen ausdrücklich das Kontrahiren hervorrufenden jussus knüpfte, als an die praepositio, welche nur indirekt auch die Ermächtigung zum Kontrahiren mit sich brachte.

Bei der engen Verwandtschaft der actio institoria und Quod jussu[29]) liegt es nun sehr nahe, die Theorie der einen Klage aus der der andern zu ergänzen, und die römischen

---

[27]) Chambon, Beitr. S. 193 ff.

[28]) In diesem Sinne aber auch nur in diesem, kann man die actio institoria eine qualificirte actio Quod jussu nennen. Da der jussus im technischen Sinn nur in Bezug auf das Gewaltverhältniss gegeben werden kann, so kann die institoria dann, wenn der institor nicht in der potestas des Geschäftsherrn ist, nicht mehr als actio Quod jussu bezeichnet werden.

[29]) Ich bemerke hier beiläufig, dass ich im Falle eines an den Haussohn gerichteten jussus eine Konkurrenz der actio quasi institoria mit der Quod jussu annehme.

Chambon, Beitr. S. 253; Schmid, Civ. Arch. XXIX. S. 120 ff.; Vang. §. 248. Anm. 3.

Juristen weisen auch unverkennbar darauf hin, indem sie, was schon oben zur Sprache gebracht wurde, sagen, beiden Klagen liege dieselbe ratio zu Grunde, dass nämlich der dritte Kontrahent der fides des dominus vertraue. Welche Bedeutung diesem Ausspruch zukömmt, habe ich schon oben zu zeigen versucht. Ich wende mich daher sofort zur Betrachtung eines andern, die Voraussetzungen der actio Quod jussu betreffenden Punktes, welcher für gegenwärtige Untersuchung von Erheblichkeit sein könnte. Es ist diess die Frage, an wen der jussus gerichtet sein müsse, deren Entscheidung möglicherweise einen analogen Schluss auf die Erfordernisse der actio institoria begründen könnte. Ueber die genannte Frage ist seit der Zeit der Glossatoren Streit und heutzutage noch harrt sie einer durchaus befriedigenden Lösung. An zwei Personen kann möglicherweise der jussus sich wenden, an den Haussohn (und Sklaven) oder an den dritten Kontrahenten. Hieraus ergeben sich drei mögliche Ansichten, welche sämmtlich ihre Vertheidiger gefunden haben; nach der einen muss der jussus an den Haussohn, nach der andern an den dritten Kontrahenten gerichtet werden; eine dritte Meinung endlich gewährt die actio Quod jussu gleichmässig in beiden Fällen. Es ist nun klar, dass, wenn die zweite dieser Ansichten richtig wäre, hierin bei der engen Beziehung zwischen der actio Quod jussu und der actio institoria kein geringes Argument für die Ansicht läge, welche für die letztere Klage Rücksichtnahme auf das Präpositionsverhältniss verlangt. Denn sowie der jussus an den Dritten gerichtet werden muss, ist hiemit das Erforderniss, dass er beim Kontrahiren den dominus im Auge haben müsse, von selbst gegeben, und nichts läge näher als die Uebertragung dieses Erfordernisses auf die actio institoria, welcher die Quod jussu in mancher Hinsicht als Vorbild gedient hat.

Ein näheres Eingehen auf die berührte Streitfrage, betreffend die actio Quod jussu, würde weit über die Grenzen hinausführen, welche diese Abhandlung sich gesteckt hat. Ich kann meine Ansicht über sie nur kurz anführen.

Ich glaube, dass es weder den Vertheidigern der ersten noch denen der zweiten Meinung gelungen ist, darzuthun, dass die römischen Quellen sich den jussus ausschliesslich an den Haussohn oder an den dritten Kontrahenten gerichtet denken. Gewiss kann man l. 1 §. 1 Quod jussu, 15, 4 und l. 13 C. quod. cum eo 4, 26 nur von einer an den dritten Kontrahenten gerichteten Willenserklärung des Gewalthabers verstehen. Dagegen ist es keinem Schriftsteller gelungen, nachzuweisen, dass eine Stelle exklusiv die Ertheilung des jussus an den dritten Kontrahenten fordere. Es ist namentlich nicht gerechtfertigt immer wenn die Quellen sagen, es kontrahire jemand mit dem Haussohn jussu patris, an einen dem Dritten ertheilten jussus zu denken; denn jussu patris handelt auch der, der einen Vertrag mit dem Haussohn schliesst, zu welchem der Vater diesem seine Zustimmung ertheilt hat. Stellen wie l. 5 §. 2 de in rem verso 15, 3; l. 1 §. 2; 4; 6 quod jussu 15, 4; l. 2 quod cum eo 14, 5 lassen sich kaum anders als von einem an den Haussohn gerichteten Geheiss verstehen. Allerdings drückt sich keine der angezogenen Stellen so bestimmt aus, dass sie nicht schliesslich durch Interpretation zu beseitigen wäre. Bei der präcisen Schreibart der römischen Juristen aber liegt eben in der in unserer Frage vorherrschenden Unbestimmtheit ihrer Aeusserungen ein Beweis dafür, dass sie auf diesen Punkt gar kein Gewicht legen und ganz allgemein nur das Vorhandensein eines jussus verlangen, einerlei ob sich der Gewalthaber mit demselben an den Haussohn oder an den dritten Kontrahenten gewendet hatte.

Ich gelange zu dem Schlusse, dass der Theorie der actio Quod jussu ein Argument bezüglich der angeblichen formellen Voraussetzung der actio institoria nicht entnommen werden kann, da die Nothwendigkeit eines an den dritten Kontrahenten gerichteten jussus sich aus den Quellen nicht erweisen lässt. Zur Begründung der actio Quod jussu genügt vielmehr die Willenserklärung (Ermächtigung im technischen Sinn — Mandry, Familiengüterrecht S. 104 ff.) des Gewalthabers an den Gewaltunterworfenen. Dieselbe kann aber auch allerdings an den Dritten gerichtet werden. Denn jussus bezeichnet zwar zunächst den dem Gewaltunterworfenen, der zum Gehorsam verpflichtet ist, ertheilten Befehl, sodann aber auch ganz allgemein den vom Gewalthaber in Bezug auf das Gewaltverhältniss, in Bezug auf eine Handlung, welche mit dem Haussohn vorzunehmen ist, erklärten Willen.[30])

Ich wende mich nun zur Besprechung derjenigen Stelle, welcher die herrschende Meinung ihr Hauptargument entnimmt:

Ulpianus l. 1 §. 8 de exerc. act. 14, 1.

> Quid si mutuam pecuniam sumserit (magister navis), an ejus rei nomine videatur gestum? Et Pegasus existimat, si ad usum ejus rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem; quam sententiam puto veram. Quid enim, si ad armandam instruendamve navem vel nautas exhibendos mutuatus est? §. 9. Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus numos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio? Et ait, si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox

[30]) Chambon, Beitr. S. 210.

mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit; quodsi ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accepit, contra esse; quam distinctionem Pedius probat.

Man könnte zunächst einwenden, dass diese Stelle von dem ganz speciellen Falle des Darlehens redet. Die Ermächtigung zur Aufnahme von Darlehen aber ist mit der praepositio keineswegs unmittelbar gegeben. Es wäre daher sehr wohl denkbar, dass die Römer die Verpflichtung des Geschäftsherrn aus Darlehensverträgen des Institors, derselbe wäre denn speciell pecuniis mutuis accipiendis praepositus, an ganz besondere formelle Voraussetzungen geknüpft hätten, welche auf andere Fälle nicht übertragbar wären. Allein so auffallend es ist, dass gerade die Stelle, aus welcher noch am ehesten die Nothwendigkeit der Bezugnahme auf den Geschäftsherrn gefolgert werden könnte, gerade nur vom Darlehen redet, so sind wir doch zu dieser Folgerung keineswegs genöthigt. Eine Rücksichtnahme auf das Institorenverhältniss ist in derselben gar nicht ausgesprochen.

Zum Verständniss der Stelle ist zunächst festzustellen, dass der magister navis wie jeder Institor zur Aufnahme eines Darlehens dann ermächtigt ist, wenn dasselbe in nothwendiger Beziehung zu seinem Geschäftsgebiet steht [31]). Diese Beziehung tritt dann klar hervor, wenn der Institor das Geld wirklich zu Ausgaben verwendet hat, die das Geschäft nothwendig mit sich bringt. Von diesem Normalfall reden die

---

[31]) l. 1 §. 8 cit. §. 11 eod.; l. 7 eod.; l. 5 §. 13; 14; l. 13 pr. de inst. act. Ram. del Manz. a. a. O. §. 17 ff. Donell a. a. O. Nr. 17, 18. Glück XIV. S. 242. Kritz S. 298; 342. Unterholzner §. 197. Thöl §. 31[a] not. 5—8.

l. 1 §. 8 und l. 5 §. 13 cit. Dass namentlich erstere Stelle an eine wirkliche Verwendung des Geldes für das Geschäft denkt, geht mit Sicherheit daraus hervor, dass im folgenden §. der Fall besonders hervorgehoben wird, dass der Schiffer das Geld zu Privatzwecken verwendet. Im Fall des §. 8 zunächst ist nun eine formelle Bezugnahme auf den Rheder nicht verlangt. Denn die Worte »ad armandam navem« etc. bezeichnen lediglich die Absicht, das Geld zur Ausrüstung des Schiffes zu verwenden. Dass sie nicht etwa irgend ein formelles Requisit ausdrücken wollen, geht zweifellos daraus hervor, dass Ulpian in dem gleich zu besprechenden andern Fall genau unterscheidet, ob einem formellen Requisit (si hac lege accepit etc.) genügt ist oder nicht.

Also: Für den Hauptfall der präpositionsmässigen Verwendung des Darlehens soll es am materiellen Zusammenhang genügen. Wie ist es nun aber, wenn der Schiffsführer das Geld in seinem eigenen Nutzen verwendet, soll dann der Rheder auch haften? Hierauf gibt Ulpian in l. 1 §. 9 Antwort, eine Stelle, zu welcher ausserdem l. 7 de exerc. act. zu vergleichen ist.

Zur Haftung des Rheders ist zunächst objektiv materieller Zusammenhang erforderlich l. 7 pr. cit.: creditorem utiliter acturum, si, quum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet. Hieran soll es aber nicht genügen. Es tritt dazu noch ein subjektives Requisit: der Gläubiger soll nach l. 7 pr. wissen, in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus; dieses Wissen aber kann er sich nur dadurch verschaffen, dass er sich von der Nothwendigkeit der Aufnahme des Darlehens überzeugt. Dass in dieser Stelle nicht von einer formellen Bezugnahme auf das Präpositionsverhältniss die Rede sei, wird mit Grund von niemand bezweifelt, s. auch Thöl §. 29 not. 8 g. E. Wohl

aber wird behauptet, es sei darin von einem Wissen um das Institorenverhältniss die Rede. Diess ist jedoch keineswegs zuzugeben. Die Worte der l. 7 pr. »ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus« und des §. 2 »scire debere necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus« erklären sich durchaus ungezwungen so: der Darleiher muss sich überzeugt haben, dass das Darlehen nöthig ist zum Geschäftsbetriebs seines Mitkontrahenten. Damit ist aber nicht gesagt, er müsse wissen, dass sein Mitkontrahent diesem Geschäfte als magister navis, als Institor vorstehe. Mit den Worten »cui rei magister quis sit praepositus« will der Jurist nur objektiv den Geschäftsumfang bezeichnen, als in welchen einschlagend das Darlehen dem Dritten bekannt sein muss; er will nicht sagen, dass sich das Wissen auf das Präpositionsverhältniss erstrecken müsse. Es ist doch ein in die Augen fallender Unterschied zwischen folgenden zwei Fällen:

a) ich leihe jemand Geld und weiss, dass er es nöthig hat zur Ausbesserung eines Schiffes und

b) ich leihe jemand Geld und weiss, dass er es nöthig hat zur Ausbesserung des Schiffes, welches er als magister des Titius führt.

Im ersten Fall weiss ich gar nicht, ob der Schiffer sein Schiff auf eigene oder fremde Rechnung führt, und dennoch kann man von mir sagen, ich kreditire in hoc cui rei magister sit praepositus. Denn das Darlehen schlägt materiell ein in den Kreis von Geschäften, zu denen er durch die praepositio ermächtigt ist, ob ich nun um deren Existenz weiss oder nicht.

Hält man das hier gewonnene Ergebniss fest, dass der Darleiher nicht wissen muss um das Institorenverhältniss,

sondern nur um den materiellen Geschäftskreis, zu dem der Vertrag in Beziehung steht; so macht die Auslegung der l. 1 §. 9 de exerc. act. keine Schwierigkeit. Dieselbe stellt für den Fall des von dem Schiffsführer nicht präpositionsmässig verwendeten Darlehens neben dem von Afrikan in l. 7 als nothwendig bezeichneten Wissen noch ein formelles Erforderniss auf. Ofilius unterscheidet: Der Schiffsführer kontrahirt entweder ausdrücklich angebend, dass er für das Schiff kontrahire, oder nicht angebend, dass er für das Schiff kontrahire. Im ersten Fall haftet der Rheder, im zweiten nicht. Die Entscheidung, sagt nun Thöl, dass im zweiten Fall die Haftung wegfalle, beruht also darauf, dass der Schiffer seine Institorenqualität verschweigt. Allein das liegt eben nicht in den Worten: »si hac lege accepit quasi in navem impensurus« und »et hoc specialiter non expresserit quod ad navis causam accepit.« Ofilius unterscheidet nur: Entweder erklärt der Schiffer: »ich nehme von dir das Geld auf zur Ausbesserung dieses Schiffes« oder schlechtweg: »ich nehme von dir Geld auf.« Hienach bestimmt sich die Haftung des Rheders.

In der Angabe, das Geld werde entlehnt zur Ausbesserung des Schiffs, liegt aber noch kein Kundgeben der Institorenqualität, sondern nur eine Hinweisung auf den materiellen Zweck des Darlehens, welche die Frage, für wessen Rechnung dasselbe kontrahirt werde, ganz unberührt lässt.

Die Erklärung Thöls lässt sich nicht halten ohne die Annahme einer grossen Ungenauigkeit in der Ausdrucksweise, die wir einem Ulpian nicht ohne Noth zutrauen dürfen, zumal es ihm hier offenbar um genaue Bestimmung der Voraussetzungen der Klage gegen den Rheder zu thun ist.

Die Requisite der actio exercitoria und institoria im Fall

eines nicht präpositionsmässig verwendeten Darlehens sind also lediglich [32])

1. nothwendige Beziehung zum Geschäftsbetrieb,
2. Erklärung des Institors, dass das Darlehen zu Zwecken dieses Geschäftsbetriebs aufgenommen werde. —

Buchka S. 41 und andere berufen sich zum Beweise der Nothwendigkeit der formellen Bezugnahme fernerhin darauf, dass die condictio, welche dem dritten Kontrahenten unmittelbar gegen den Geschäftsherrn eingeräumt werde, sich nur unter der Voraussetzung genügend erklären lasse, dass der Gläubiger bei Gewährung des Kredits den Geschäftsherrn als den künftigen Schuldner mit im Auge gehabt habe. Denn sonst könne kein Gläubiger die condictio gegen den Dritten erheben, dessen Vermögen der Schuldner durch Benutzung der ihm kreditirten Geldmittel bereichert habe. Letzteres ist zwar im allgemeinen richtig; allein eine nähere Prüfung wird ergeben, dass die fragliche Konkurrenz der condictio mit unsern adjekticischen Klagen sich auf einige ganz specielle Fälle beschränkt, in denen jene Voraussetzung nicht Platz greift. Die Quellenstellen, auf denen die genannte condictio beruht, sind:

§. ult. I. quod cum eo 4, 7:

> Illud in summa admonendi sumus, id, quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel

[32]) Dass mehr aus der l. 1 §. 9 nicht folgt, wird auch von Brinz anerkannt. S. 1616.

exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.

l. 29 de reb. cred. 12, 1:

Paulus libr. IV. ad Plautium.

Si institorem servum dominus habuerit, posse dici, Julianus ait, etiam condici ei posse, quasi jussu ejus contrahatur, a quo praepositus sit.

l. 17 §. 4; 5 de inst. act. 14, 3:

Paulus libr. XXIX. ad Edictum.

Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam: si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet. Sed si ex eo contractu peculium habeat, aut in rem meam versum sit nec velim quo locupletior sim, solvere, replicari de dolo malo oportet; nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena jactura lucrum quaeram. §. 5. Ex hac causa etiam condici posse verum est. [33])

Ueber diese Stellen waren die Meinungen von jeher sehr getheilt. [34])

Welche Voraussetzungen, welchen Umfang hat die hier eingeräumte direkte Klage?

Während einige soweit gehen, unter der condictio die Kontraktsklage zu verstehen, welche die betreffenden adjek-

---

[33]) Die l. 5 pr. Quod jussu 15, 4, welche auch von manchen in diesem Zusammenhang angeführt wird, redet von einem Fall, in welchem mit dem der condictio ausgesetzten Vater direkt kontrahirt wurde. Ueber l. 84 pro socio 17, 2, welche auch hieher gezogen zu werden pflegt, s. Buchka S. 46, Anm. 16. Vang. III. S. 290.

[34]) S. die Dogmengeschichte bei Chambon, Beitr. S. 259.

ticischen Klagen völlig beseitigt habe, behaupten andere einfach eine allgemeine Konkurrenz der letztern mit der condictio, ohne auf die Voraussetzungen derselben näher einzugehen. Die, namentlich von Thibaut [35]) verfochtene, Behauptung, dass die Kontraktsklagen, z. B. die actio venditi, locati mit dem Gesammtausdruck condictiones, der alle Personalklagen umfasse, bezeichnet würden, ist gewiss unhaltbar.

Es ist hier nicht der Ort, eingehend zu erörtern, nach welchem Princip die Ausscheidung der Kondiktionen erfolgt ist. Welches aber auch dieses Princip sein mag, jedenfalls ist sicher, dass in der Terminologie der römischen Juristen mit condictiones eine scharf abgegrenzte, ganz besondern Grundsätzen unterworfene Kategorie von Klagen bezeichnet wird. Sollen wir in einem bestimmten Fall annehmen, dass mit condictio alle Personalklagen bezeichnet werden, so müssen dafür ganz besondere Gründe geltend gemacht werden, was weder von Thibaut noch den andern Vertheidigern derselben Ansicht geschehen ist. Wir sind aber zu einer derartigen Annahme auch durchaus nicht genöthigt, wie auch Buchka die condictio auf den Fall einschränkt, wenn der Schuldner das Vermögen des Beklagten durch Benutzung des ihm kreditirten Geldes bereichert hat. Betrachten wir uns die Quellenaussprüche näher, so reden die l. 17 §. 4; 5 und die l. 29 cit. von einem Darlehen, welches von einem als Institor bestellten Sklaven aufgenommen worden ist. Die hier gegebene Klage ist also nichts anderes als die condictio mutui, deren Anstellbarkeit im ersten Fall wegen des vorausgegangenen Verbots des Herrn von der Existenz eines peculium oder einer in rem versio abhängig gemacht ist, [36]) was

---

[35]) Civ. Arch. XII. S. 180 ff.

[36]) Die an den Dritten ergangene denunciatio hat auf die Giltigkeit des

uns hier weiter nicht interessirt. Aber auch der citirte Institutionenparagraph ist in eingeschränkter Weise zu verstehen.

Nach Wortlaut und Zusammenhang redet er nur von Gewaltunterworfenen, nicht auch von freien Personen. Bei der actio Quod jussu und de in rem verso ist diess von selbst gegeben. Aber auch die am Ende des §. gegen den Präponenten eingeräumte condictio bezieht sich nur auf Fälle, in welchen gewaltunterworfene Institoren Verträge abgeschlossen haben, [37]) was namentlich aus den Schlussworten »quia hujus quoque jussu contractum intelligitur« hervorgeht. Denn unter jussus denken sich ja die Römer eine Ermächtigung vom Standpunkte der Gewalt aus. Wenn also hier eine Klage ausdrücklich mit Hinweisung auf die Analogie des jussus motivirt wird, so sind wir gewiss zu der Annahme berechtigt, dass sie auch die sonstigen Voraussetzungen, unter welchen einem jussus juristisch bedeutsame Folgen beigelegt werden, nemlich die Existenz der potestas theilen muss. Der ganze Institutionentitel, welchen die citirte Stelle abschliesst, redet ex professo von Geschäften, welche mit Personen in aliena potestate eingegangen werden, und zudem bildet der Fall, dass der Schiffsführer und Institor ein Haussohn oder Sklave ist, im römischen Verkehrsleben so sehr die Regel, und ist die Vorstellung dieses Hauptfalls den römischen Juristen so geläufig, dass der Annahme, unsere Stelle habe auch nur diesen im Auge und denke gar nicht an gewaltfreie Institoren, nicht das geringste Bedenken im Wege steht.

---

vom Sklaven geschlossenen Darlehensvertrags keinen Einfluss; sie beschränkt nur die Haftpflicht des Herrn auf die Bereicherung; es ist daher nicht nöthig, die l. 17 mit Chambon, Beitr. S. 265, von einer condictio sine causa zu verstehen. S. auch Savigny Obl. II. S. 33 ff.

[37]) Savigny a. a. O. S. 34; 35 not. dd; ee. Dietzel, Das SC. Macedonianum. Leipzig 1856. S. 69. Glück XIV. S. 183.

Der §. 8 cit. ist aber auch in Bezug auf die Rechtsgeschäfte, die er im Auge hat, sehr eingeschränkt auszulegen. Denn auch er redet wie die eben besprochenen Pandektenfragmente ausschliesslich von einem mit dem Institor geschlossenen Darlehensvertrag. Diess geht, wie Savigny[38]) richtig bemerkt, namentlich daraus hervor, dass in unserer Stelle die Konkurrenz der condictio mit den actiones adjecticiae qualitatis in erschöpfender Weise dargestellt und dabei nur die actio de peculio mit Stillschweigen übergangen ist. Diess erklärt sich daraus, dass wenn es ein Sohn ist, der das Darlehen empfängt, sowohl die condictio gegen den Vater als die actio de peculio — wenigstens regelmässig, s. Mandry Familiengüterrecht I. S. 487 — durch die exceptio SC. Macedoniani ausgeschlossen wird, während die institoria und die übrigen genannten Klagen durch diese exceptio nicht betroffen werden. Noch überzeugender ist dieses Argument, wenn man die Stelle nicht für sich liest, sondern im Zusammenhang mit dem vorangehenden §. 7. In diesem ist die Rede von dem einem Haussohn gegebenen Darlehen und der exceptio SC. Macedoniani; es ist da gesagt, dass demjenigen, welcher einem Haussohn während bestehender väterlicher Gewalt ein Darlehen gebe, weder die condictio mutui gegen den Sohn noch die condictio mutui de peculio gegen den Vater zustehe. Und nun wird der Jurist durch einen ganz natürlichen Gedankengang darauf geführt, zu untersuchen, wie es sich mit den übrigen adjekticischen Klagen im Falle eines Darlehens verhalte, und darzulegen, dass diese nicht blos anstellbar sind im geraden Gegensatz zur actio de peculio, sondern sogar noch mit einer direkten condictio konkurriren.[39])

[38]) A. a. O. S. 35 not. ee.

[39]) Auch Chambon a. a. O. S. 265 ff. beschränkt den §. 8 auf das Darlehen.

Anderer Ansicht ist Ruhstrat.[40]) Er nimmt an, die condictio sei für alle Fälle eingeführt worden, in denen mit der actio institoria, exercitoria, Quod jussu, de in rem verso habe geklagt werden können. Zweck derselben sei die Beseitigung der unbequemen Konsumtionsgrundsätze gewesen. Da nemlich die Klage des Dritten gegen seinen Mitkontrahenten konsumirt wurde, sobald er seine actio adjecticiae qualitatis gegen den Geschäftsherrn anstellte, und umgekehrt, so habe man diesem Uebelstand dadurch abgeholfen, dass man neben der adjekticischen Klage dem Dritten eine condictio einräumte. Da diese mit der Kontraktsklage gegen den Institor, Sklaven u. s. w. nicht die nämliche intentio gehabt habe, so sei sie auch nicht durch Anstellung derselben konsumirt worden, wie diese nicht durch Erhebung der condictio. Dass die condictio auch nicht in dem Fall der actio de peculio zugelassen wurde, erklärt Ruhstrat daraus, dass hier die Konsumtion nicht habe schaden können, da man die actio rei judicatae de peculio mit demselben Erfolg habe anstellen können wie die ursprüngliche actio adjecticiae qualitatis.

Der Nachweis des Zusammenhangs der condictio mit dem Bestreben, die Folgen der Konsumtion aufzuheben, ist von Ruhstrat nicht erbracht. Dietzel[41]) sieht die Bedeutung der condictio darin, dass die formale Aufnahme der adjecticia qualitas in die Klagformel nicht mehr nöthig war und nun

---

[40]) Sav. Lehre von der Stellv. S. 40 ff.

[41]) Bekkers Jahrb. II. S. 415 ff. Das Verschweigen der Pekulienklage erklärt Dietzel, Bekker's Jahrb. III. S. 83, damit, dass im just. Recht die Pekulienklage bei Sklaven nur sehr wenig, bei Hauskindern gar nicht mehr im Gebrauch gewesen sei. Näher auf diese Ansicht, welche ich für irrig halte, einzugehen, ist hier nicht der Ort. S. dag. Windsch. §. 484 not. 4 und die das. Angef.

die Klage gegen den Vater u. s. w. nicht mehr durch Angabe einer falschen adjecticia qualitas ausgeschlossen wurde. Allein alle diese gezwungenen Erklärungsversuche sind überflüssig, wenn man nur bedenkt, dass es unmöglich ist, die condictio von jeder Klage zu verstehen, welche aus einem mit dem Haussohn u. s. w. geschlossenen Vertrag gegen den Vater u. s. w. gegeben sein soll. Beschränkt man dagegen die obigen Quellenaussprüche auf den Fall des von einem Haussohn oder Sklaven aufgenommenen Darlehens, erwägt man ferner, dass die römische Jurisprudenz bei diesem Realkontrakt die res und datio, die unmittelbare objektive Wirkung auf das Vermögen des Geschäftsherrn als massgebenden Verpflichtungsgrund betrachtet, so erscheint nichts natürlicher, als die Gewährung dieser direkten condictio. Wenn nun Buchka auch noch ein subjektives Requisit auf Seiten des dritten Kontrahenten aufstellt, so fehlt es hiezu bei der Beschränkung der condictio auf die von Gewaltunterworfenen eingegangenen Darlehensverträge an jedem genügenden Grunde. Allerdings wenn eine gewaltfreie Person in eigenem Namen kontrahirt und hinterher das Vermögen eines Dritten mit dem geborgten Gelde bereichert, so fehlt es an jeglichem rechtlichen Zusammenhang zwischen dieser Vermögensvermehrung und der Zahlung des Geldes durch den Darleiher. Anders dagegen bei bestehender Gewalt, da hier mit der Hingabe des Geldes an den Haussohn oder Sklaven sofort dem Gewalthaber das Eigenthum daran erworben und damit das objektive Erforderniss der condictio mutui erfüllt ist.

Gegen die Ansicht Savigny's, nach welcher die condictio auf Darlehensfälle beschränkt ist und auf dem Uebergang des Eigenthums am dargeliehenen Gelde beruht, führt Ruhstrat a. a. O. noch folgendes auf: man dürfe doch nicht

annehmen, dass der Dritte in Darlehensfällen neben der actio de in rem verso auch die in solidum gehende direkte Klage gegen den Herrn habe anstellen können. Wenn der Hausherr aus Darlehensverträgen seiner Sklaven stets mit der condictio ex mutuo auf das Ganze habe in Anspruch genommen werden dürfen, so müsse von dieser ihm so gefährlichen Bestimmung doch wohl irgendwo die Rede sein. Es mag dahingestellt bleiben, ob Savigny auch im Falle der in rem versio wirklich eine auf das Ganze gehende direkte condictio für anstellbar hält; jedenfalls hat er in dem in Frage stehenden Zusammenhang keine Veranlassung genommen, sich näher hierüber auszusprechen. Allerdings, wenn man die condictio sofort an den Uebergang des Eigenthums an dem dargeliehenen Gelde knüpft, so wird man folgerichtig dazu geführt, den Vater auch bei blosem in rem versum auf das Ganze haften zu lassen; hier bedarf denn auch der Ausspruch Savigny's einer Berichtigung. Wenn ein Haussohn oder Sklave auf einen jussus des Gewalthabers hin oder als Institor innerhalb seines Geschäftskreises ein Darlehen aufnimmt, so ist allerdings mit der Uebergabe des Darlehens sofort die condictio begründet, weil mit dem Abschluss des Geschäfts die Erfordernisse der betreffenden adjekticischen Klagen, welche die condictio theilt, erfüllt sind. Hat der Sklave dagegen ohne den Willen des Herrn Geld aufgeborgt, so erwirbt er zwar daran dem Herrn das Eigenthum, aber von einer in rem versio, einer actio de in rem verso und einer condictio ist damit noch keine Rede:

§. 4 I. quod cum eo 4, 7.

Itaque si ex decem ut puta aureis, quos servus tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo

consumserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes, pro ceteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit.

Zu dem Erwerb des Eigenthums muss also noch die Verwendung in den Nutzen des Herrn treten, da erst mit ihr und bis zu ihrem Betrag die actio de in rem verso begründet ist. Soweit die Voraussetzungen dieser adjekticischen Klage erfüllt sind, d. h. eben auf diesen Betrag geht auch die condictio; soweit dagegen der Betrag des Darlehens über die Verwendung hinausgeht, ist jede Klage gegen den Herrn (abgesehen von der pekuliaren Haftung) ausgeschlossen. Der Umstand aber, dass die condictio auf das in rem versum beschränkt ist, thut der Eigenschaft dieser Klage als einer direkten keinen Eintrag.

Mit den eben besprochenen Stellen sind die Belege erschöpft, welche für die herrschende Ansicht, dass zur Begründung der actio institoria formelle Bezugnahme auf das Institorenverhältniss erforderlich sei, angeführt zu werden pflegen.

Wie ich gezeigt zu haben glaube, ist das behauptete Erforderniss in keiner derselben aufgestellt, und es würde dieser negative Beweis vollständig zur Widerlegung der herrschenden Meinung genügen; denn die von derselben vertheidigte Voraussetzung der actio institoria als selbstverständlich zu subintelligiren ist durchaus willkürlich und grundlos. Zwar gibt es keine Stelle, welche ausdrücklich jenes Erforderniss der formellen Bezugnahme leugnet, allein hierin liegt natürlich kein Beweis gegen die von mir vertheidigte Auffassung. Wohl aber findet sich in den Quellen eine Reihe von Aussprüchen, die sich mit der herrschenden Meinung nicht vereinigen lassen, wenn sie auch nicht direkt die Nothwendigkeit jener Bezug-

nahme in Abrede ziehen. Dieselben sind enthalten in l. 1 §. 19—22 de exerc. act. 14, 1.

Der §. 19 lautet:

> Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit, ejusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro ejus gestum erit, in eum, in cujus potestate is erit, qui navem exercuerit, judicium datur.

Wenn der Rheder, sagt hier Ulpian, in fremder Gewalt ist und die Rhederei mit dem Willen seines Gewalthabers betreibt, so wird dieser aus den Verträgen eines vom Gewaltunterworfenen angestellten Schiffsführers verpflichtet.

Hier ist eine Bezugnahme auf ein Präpositionsverhältniss zwischen dem Schiffsführer und dem, der mit der exercitoria actio belangt wird, unmöglich, da ein Präpositionsverhältniss gar nicht existirt, Gewalthaber und Schiffsführer überhaupt in gar keinem juristischen Nexus stehen. Der Grund für die Haftung des mit der actio exercitoria Belangten muss also nach römischer Anschauung anderswo liegen, nemlich in dem Willen desselben, dass auf seine Rechnung die Rhederei betrieben werde und in dem materiellen Zusammenhang des Geschäfts mit seinem Vermögen. Diese beiden Voraussetzungen sind hier erfüllt. Der Wille des Herrn, der sich sonst direkt durch die praepositio des Schiffsführers ausspricht, äussert sich hier in einer Ermächtigung des Sohns oder Sklaven zum Betrieb der Rhederei, worin mittelbar auch die Einwilligung zur Ernennung eines Schiffsführers liegt. Der materielle Zusammenhang ist durch das zwischen ihm und dem Rheder bestehende Gewaltsverhältniss von selbst gegeben. Ob der Schiffsführer von diesem Verhältniss etwas wisse und ob er dem Dritten gegenüber auf den Ge-

walthaber seines Präponenten hinweise, betrachtet der cit. §. offenbar als gleichgiltig. Würde ein subjektives Requisit auf Seiten des Dritten verlangt, so wäre es höchst auffallend, dass die einzige Stelle, welche von dieser Ausdehnung der actio exercitoria auf den Gewalthaber des Rheders spricht, hievon nichts enthielte; es wäre um so auffallender, als es dem Juristen gerade um genaue Feststellung der subjektiven Requisite der Klage zu thun ist. Diess geht hervor aus der von ihm in §. 20 ff. gegebenen scharfen Unterscheidung zwischen den subjektiven Erfordernissen der hier besprochenen actio exercitoria und der actio tributoria. Zur Begründung der letztern soll das blose Wissen des Herrn hinreichen,[42]) zu der in solidum gehenden actio exercitoria gegen den Gewalthaber dagegen soll bloses Wissen desselben nicht genügen, sondern im Anschluss an den Wortlaut des prätorischen Edikts eine wirkliche voluntas verlangt werden. Wo es an dieser fehlt, findet nur die tributoria, beziehungsweise de peculio actio statt. Der Unterschied in den Voraussetzungen der actio exercitoria und tributoria gegen den Gewalthaber liegt offenbar dem Juristen lediglich in dem Willen des letztern. In Bezug auf Wissen und Wollen des dritten Kontrahenten stellt er beide Klagen auf dieselbe Stufe, und da bei der tributoria ein subjektives Requisit auf Seiten des dritten Kontrahenten nicht vorhanden ist, so können wir aus unserer Stelle mit Sicherheit schliessen, dass es auch bei der exercitoria fehlt.

Wir haben daher den Grund der Haftung des Präponenten lediglich in zwei Faktoren zu suchen, in seinem Willen für die Verträge des Institors einzustehen, welcher sich regelmässig in der praepositio äussert,

---

[42]) Näher bestimmt diess Ulpian in l. 1 §. 3 de tribut. act. 14, 4, vgl. l. 6 pr. de exerc. act. 14, 1.

und sodann im materiellen Zusammenhang der von diesem geschlossenen Verträge mit seinem Geschäftskreis und durch diesen mit dem Vermögen des Geschäftsherrn.

Man könnte gegen die Beweiskraft der l. 1 §. 19 ff. einwenden: wenn nach römischer Anschauung diese beiden Faktoren zur Verpflichtung des Präponenten genügten, warum findet die dort gegebene Klage nicht gegen den Gewalthaber eines jeden Präponenten statt, warum nur gegen den eines Rheders? — »At institorum non idem usus est.« — Die Bestimmung ist eine singuläre, eingeführt »quia ad summam rempublicam navium exercitio pertinet,« und die Singularität besteht eben darin, dass beim Vertragsabschluss kein Bezug auf den künftigen Schuldner (den Gewalthaber) genommen zu werden braucht.

Dass der §. 19 cit. eine singuläre Bestimmung enthält, welche auf die actio institoria keine Ausdehnung erleidet, ist nicht zu bezweifeln; ebensowenig, dass die Singularität in einer Modifikation der Voraussetzungen der Klage besteht. Allein der Unterschied zwischen dem singulären und dem normalen Fall der actio exercitoria liegt nicht darin, dass bei diesem eine Bezugnahme auf den Geschäftsherrn erfolgt, bei jenem dagegen nicht, sondern darin, dass bei diesem der Wille des Geschäftsherrn (d. h. dessen, den materiell das Geschäft angeht) sich direkt durch die praepositio äussert, in dem singulären Fall des §. 19 dagegen durch die Ermächtigung der gewaltunterworfenen Person zum Rhedereibetrieb. Die Singularität aber, welche in diesem Fall in der Einräumung der Klage gegen den Gewalthaber lag, war immerhin bedeutend genug, um ihre Ausdehnung auf Fälle auszuschliessen, in denen sie nicht durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt war.

Da sich nach dem Ausgeführten die Nothwendigkeit einer

Bezugnahme auf den Geschäftsherrn aus den römischen Quellen nicht erweisen lässt,[43]) so ist dieselbe überhaupt zu verwerfen, zumal allgemeine Gründe vom römischen Standpunkt aus eher gegen dieses Requisit sprechen. Denn Mandry Krit. V. J. Sch. Bd. XIV. S. 396 sagt mit Recht: »Und wie sollte denn auch das römische Recht von dem Standpunkt aus, den es einmal einnimmt, auf dieses weitere Requisit gelangt sein? Nach der römischen Anschauung handelt es sich ja beim Vertragsabschlusse nur um Begründung einer Obligation zwischen den kontrahirenden Personen. Nicht der Wille und die Einigung der Kontrahenten, sondern die ediktale Vorschrift macht den Geschäftsherrn neben dem Geschäftsführer tenent. Für das Edikt aber liegt der objektive Sachverhalt, der materielle Zusammenhang des Vertrags mit Geschäftskreis und praepositio des Geschäftsführers nahe, Meinen und Glauben der Kontrahenten ferne genug. Dafür beweist am besten, dass richtiger Ansicht nach keine der sonstigen actiones adjecticiae qualitatis, auch nicht die actio Quod jussu ein entsprechendes subjektives Requisit (Wissen des dritten Kontrahenten) hat, bei allen vielmehr die Basis ganz und lediglich im Verhältniss zwischen Gewalthaber und gewaltunterworfener Person zu suchen ist (Besitz eines durch den Gewalthaber koncedirten Pekulium Seitens der gewaltunterworfenen Person; Vermehrung des gewalthaberischen Vermögens durch die gewaltunterworfene Person; Ermächtigung der letzteren zum Vertragsschluss durch den Gewalthaber und vom Standpunkt der Gewalt aus).«

[43]) Auch die umfangreichen Kommentare von Duaren und Donell wissen nichts von derselben, während allerdings Ramos del Manzano im Wesentlichen die Haftung auf das fidem domini sequi zurückführt.

§. 3. Haftung des Institors und des Geschäftsherrn.

Hat der Institor den im vorigen §. dargestellten Voraussetzungen entsprechend kontrahirt, so haftet sowohl er als der Geschäftsherr immer auf das Ganze.

I. Haftung des Institors.

Dass der Institor selbst Obligationssubjekt sei, wird im Princip allgemein zugegeben. Dagegen hat der Satz, dass er unbedingt für die ganze Schuld hafte, niemals allgemeine Anerkennung gefunden, namentlich weil die Jurisprudenz ihn beständig mit dem Stellvertreter zu verwechseln geneigt war. Es wurde namentlich behauptet, [1]) die Klage gehe nur dahin, dass der Institor dem Gläubiger aus dem Vermögen seines Geschäftsherrn Befriedigung verschaffe, und sie finde nur so lange statt, als der Institor noch in seinem Amte sei. Wie unrömisch diese Auffassung ist, liegt auf der Hand; denn nach römischer Anschauung ist der Institor der einzige wirkliche Kontrahent, in welchem Rechte und Verpflichtungen gerade so zur Entstehung kommen, wie wenn der Präponent gar nicht im Hintergrund stände. Die Stellen, in welchen jene Beschränkung der Haftung des Institors ausgesprochen sein soll, sind denn auch nicht beweisend. In erster Linie pflegt man sich zu berufen auf l. 20 de inst. act.

Scaevola libr. V. Digestorum.

Lucius Titius mensae numulariae, quam exercebat, habuit libertum praepositum; is Caio Seio cavit in

[1]) Glück XIV. S. 257. Kritz S. 323 (welcher nur beim Schiffer volle Haftung annimmt). Thibaut §. 525.

haec verba: Octavius Terminalis rem agens Octavii Felicis Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Maias; quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede, bonis ejus venditis an ex epistola jure conveniri Terminalis possit? Respondit, nec jure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse, quum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset.

Allein der richtigen Ansicht nach, welche sich schon in den Basiliken XVIII. 1. 20 findet — *τοῦτο γὰρ δι' ἀπόδειξιν μόνην ἐποίησεν* — redet die Stelle gar nicht von einem Vertrag, den der Institor abschliesst, sondern lediglich von einer Bescheinigung — ad fidem mensae protestandam — die ohne jede Verpflichtungsabsicht von ihm ausgestellt wurde. Aus diesem Grunde und nicht weil in Folge des Tods des Patrons das Geschäft aufgehört hat, wird hier von Scävola die Anstellbarkeit der Klage in Abrede gezogen.[2])

Die übrigen Stellen, welche noch angeführt werden, gehören gar nicht hieher, da sie, wie l. 43 §. 1 de adm. tut. 26, 7; l. 15 C. eod. 5, 37 von unfreiwilligen Vertretern, oder wie l. 4 pr. §. 2 de re judic. 42, 1 von Processprokuratoren reden, welche nach besondern Grundsätzen beurtheilt werden. [3])

Dagegen ist die Haftung des Institors in einer Reihe von Stellen ausgesprochen, welche keine Andeutung darüber

---

[2]) Ruhstrat, Die Verantwortlichkeit der Mandatare. Civ. Arch. XXX. S. 340 ff. Buchka S. 44. Thöl §. 26 not. 6. Vang. §. 661 Anm. Windsch. §. 482 not. 17.

[3]) Keller, Civ.-Proc. §. 53. Vang. a. a. O.

enthalten, dass sie durch das Edikt irgendwie alterirt, namentlich bezüglich der Zeit einer Beschränkung unterworfen worden sei. [4])

Wenn ferner die Ansicht aufgestellt worden ist, dass der Institor zwar einer Klage ausgesetzt sei, die Exekution aber an den Geschäftsherrn verweisen könne, so ist diess nach römischem Recht undenkbar; denn sobald der Dritte mit dem Institor litem kontestirt hatte, war die gegen den Geschäftsherrn begründete actio adjecticiae qualitatis konsumirt und dieser von jeder Verbindlichkeit frei. Denn die gegen den Institor begründete actio rei judicatae steht zu dem Präpositionsverhältniss in gar keiner rechtlichen Beziehung, der Präponent steht derselben durchaus unbetheiligt gegenüber. Einen deutlichen Hinweis darauf, dass sich der Institor auch die Vollstreckung gefallen lassen muss, enthält l. 19 h. t., wo Papinian sagt, die Klage gegen den Präponenten finde statt, »et si procurator solvendo sit.« Er geht dabei entschieden von der Annahme aus, dass der Institor auch der Vollstreckung ausgesetzt sei, dass aber der Dritte sich auch im Falle seiner Zahlungsfähigkeit an den Geschäftsherrn halten könne.

Für den römischen Institor ist daher durchaus an dem Satz festzuhalten, dass er immer persönlich mit seinem ganzen Vermögen und für die ganze Schuld haftet, er mag noch im Amte sein oder nicht.

II. Haftung des Geschäftsherrn.

Aus dem vom Institor abgeschlossenen Vertrage wird dieser principaliter verpflichtet; die Haftung des Herrn er-

[4]) l. 1 §. 17; 24; l. 5 §. 1 de exerc. act.; l. 17 §. 1; l. 19 pr. h. t.

scheint im Gegensatz zu der seinigen nur als Nebenhaftung.[5]) Der praeponens haftet nicht aus eigener, sondern aus fremder Schuld; der Inhalt seiner Verpflichtung ist der, eine fremde Schuld wegen Vorhandenseins gewisser Verpflichtungsgründe zu bezahlen. Dem entsprechend ist die gegen ihn stattfindende Klage nicht eine selbständige reelle actio, sondern eine blosse mögliche Modifikation der gegen den Institor begründeten actio. Die actio institoria an sich ist eine leere Form, welche ihre Bedeutung erst erhält durch die gegen den Institor entstandene actio emti, venditi, condictio mutui u. s. w. Durch die an l. 5 §. 1 de exerc. act.: »hoc enim Edicto non transfertur actio, sed adjicitur« — anknüpfende Bezeichnung actio adjecticiae qualitatis wird eben ausgedrückt, dass eine Klage nicht in ihrer reinen Gestalt, sondern mit einem Beisatz zur Anwendung kömmt, welcher kraft ediktaler Vorschrift der actio eine in ihrem Wesen nicht begründete Eigenschaft verleiht. Unter adjecticia qualitas einer actio emti z. B. versteht man die Eigenschaft dieser Klage, vermöge welcher sie nicht bloss gegen den ursprünglichen Kontrahenten, sondern auch gegen einen zweiten Schuldner angestellt werden kann.[6])

Im klassischen Prozess trat dieses Verhältniss der actio adjecticiae qualitatis zur actio directa plastisch hervor.

Während regelmässig die condemnatio der Formel einer actio in personam dieselbe Person als eventuell zu verurtheilenden Beklagten nannte, die in der intentio als Schuldner aufgeführt war, verhielt sich diess bei den adjekticischen

---

[5]) Duaren a. a. O. pag. 1299: Obligatio, qua tenetur magister navis, est principalis; ea autem qua tenetur exercitor, est accessoria. Atque ideo quod aliis in locis scriptum reperitur de fidejussoris obligatione, ad hunc locum referendum est.

[6]) Glück XIV. §. 876.

Klagen anders. Hier wird in der intentio der eigentliche Schuldner genannt, in der condemnatio dagegen wird der Klage eine neue subjektive Beziehung verliehen, und diejenige Person, welche in Folge eines gewissen Verhältnisses zum Schuldner die Schuld zu erfüllen hat, als die zu verurtheilende aufgeführt. Denn da der Prätor einen eigentlichen civilen Obligationsnexus, ein dare facere oportere nicht schaffen kann, so bleibt der Institor immer derjenige, qui dare facere oportet, die äussern Wirkungen seiner Obligation werden aber vom Magistrat auf einen andern dadurch übertragen, dass er den judex unter gewissen Voraussetzungen zur Verurtheilung desselben ermächtigt und so die Leistung durch diesen herbeiführt.

Durch Anstellung der direkten Klage wird die institorische konsumirt und umgekehrt. [7]) Zwar sprechen sich gerade bezüglich der institoria die Quellen nicht direkt aus, wir haben aber ein um so bestimmteres Zeugniss für die actio exercitoria:

l. 1 §. 24 de exerc. act.

> Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur; et ideo si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest rel.

Da die institoria und exercitoria ihrem Wesen nach dieselbe Klage sind, so darf die Stelle unbedingt auch auf die erstere bezogen werden.

Es ist hier nicht der Ort, diese Konsumtionsgrundsätze sowie ihre Modifikation durch die spätere Gestaltung des römischen Aktionenrechts darzustellen. Für unsere Unter-

---

[7]) Keller, Lit. Cont. §. 51.

suchung genügt es ihre Geltung überhaupt zu konstatiren, da durch sie das Verhältniss zwischen der Haftung des praeponens und praepositus am schärfsten gekennzeichnet ist. In dem Gesagten liegt nemlich schon enthalten, dass sie zu einander in dem Verhältniss von Korrealschuldnern stehen.[8]) Die Korrealität beruht hier nicht auf Vertrag, sondern unmittelbar auf positivrechtlicher Bestimmung. Wenn auch die Quellen den Ausdruck duo rei promittendi und ähnliche zur Bezeichnung der beiden Schuldner bei den actiones adj. qual. nicht anwenden, so ist doch an dem Bestehen der Korrealität nicht zu zweifeln, da alle karakteristischen Merkmale derselben vorhanden sind. Es finden demgemäss auf die Verbindlichkeit des Geschäftsherrn und des Institors alle Grundsätze über Aufhebung der Korrealobligationen durch Zahlung, durchgeführte Kompensation, Acceptilation, datio in solutum u. s. w. Anwendung

Aus der oben gegebenen Ausführung geht hervor, wie grundverschieden die Haftung des Präponenten ist von der durch Kontrahiren eines Stellvertreters erzeugten Verpflichtung des Vollmachtgebers. Während dieser wirkliches und einziges Obligationssubjekt ist, bildet, wie Brinz[9]) richtig ausführt, die Haftung des Präponenten nicht die Kontraktsschuld selbst, sondern sie ist nur die Pflicht, die Klage aus der Kontraktsschuld auf sich zu nehmen (»Defensions-

---

[8]) Von Savigny Obl. I. S. 214 werden die actiones adj. qual. unter die »unechten« Fälle der Korrealität gerechnet. Die von Savigny selbst für unerheblich erklärte Streitfrage ist hier nicht näher zu besprechen. S. ferner Brinz, Krit. Blätter Nr. 4; Vang. III. S. 68; Windscheid §. 397 not. 6, §. 482 not. 4.

[9]) Krit. Blätter Nr. 2 S. 10—20; Nr. 4 S. 15 Anm. 30; S. 24. Pand. §. 142; §. 370, 1. Laband, Ztschr. f. H. R. X. S. 196 not. 28; Scheurl, Krit. Uebersch. I. S. 318.

pflicht«). Er haftet nicht desshalb, weil er vom Institor vertreten worden ist, sondern vielmehr umgekehrt, weil er den Institor bei Erfüllung des Vertrags zu vertreten hat. Statt einer Stellvertretung des Geschäftsherrn durch den Institor kommen wir also auf eine Vertretungspflicht des ersteren. Diese Pflicht hat, wenn wir nach ihrem historisch letzten Grunde fragen, ihren Ursprung in der dominica und patria potestas, welche eine Vertretung des Gewaltunterworfenen durch den Gewalthaber mit sich brachte. Es ist fast mit absoluter Sicherheit anzunehmen, dass die actio exercitoria und institoria ursprünglich nur für den Fall eingeführt ward, wenn der praepositus sich in der Gewalt des Präponenten befand. Diess war thatsächlich das bei weitem häufigste Verhältniss im römischen Verkehrsleben, und nach dem Geist und Gang der prätorischen Rechtsentwicklung ist gewiss anzunehmen, dass der Prätor seine neuen Klagen zunächst für diesen Hauptfall einführte. Wenn wir auch die Worte des Edikts nicht besitzen, so deutet doch die Darstellung bei Gajus und in den Institutionen unverkennbar darauf hin, dass die Klagen erst im Laufe der Entwicklung auf die durch gewaltfreie Personen abgeschlossenen Verträge ausgedehnt wurden. Die Darstellung beginnt mit dem Fall, wenn ein Sklave oder Haussohn als Schiffsführer oder Institor angestellt wird und als Erweiterung, die man eigentlich gar nicht erwarten sollte, wird hinzugefügt »quin etiam licet extraneum ... quis praeposuerit« etc. Namentlich die Wortfassung des Gajus macht entschieden den Eindruck, dass die Klagen in ihrer geschichtlichen Entwicklung vorgetragen werden, dass der Jurist zuerst schildern will, für welchen Fall die Klagen zunächst eingeführt wurden — comparavit duas alias actiones — und sodann

was zu seiner Zeit geltendes Recht sei — tamen ea praetoria actio in eum redditur.[10])

Wenn nun die Haftung des Präponenten wirklich zurückzuführen ist auf das Gewaltverhältniss, so liegt hierin ein gewichtiges Argument für die Ansicht, dass zur Begründung derselben eine formelle Bezugnahme auf das Präpositionsverhältniss beim Vertragsabschluss nicht erforderlich sei. Es ist in der That nicht abzusehen, welche Bedeutung für die durch die potestas genügend begründete Verpflichtung des Gewalthabers, seinen Gewaltunterworfenen zu vertheidigen, das Wissen und Wollen des dritten Kontrahenten haben solle. Dass Thatsachen, welche lediglich das Verhältniss zwischen Gewalthaber und Gewaltunterworfenen berühren, den Römern zur Begründung einer Klage gegen den dominus genügen, zeigt die an die Existenz eines Sonderguts geknüpfte actio de peculio. Und warum hätten die Römer der in der praepositio liegenden Erklärung des Gewalthabers an den Gewaltunterworfenen, seine Verpflichtungen vertreten zu wollen, nicht dieselbe rechtliche Wirkung beigelegt wie der in der Einräumung eines Pekulium liegenden Erklärung?

Von diesem Gesichtspunkte aus bildet die Theorie von der »Defensionspflicht« eine Ergänzung des im vorigen §. über die Voraussetzungen der actio institoria Ausgeführten.

---

[10]) Der hier vorgetragenen Ansicht über die ursprüngliche Beschränkung der actio exerc. und instit. sind Buchka S. 37; Savigny Obl. II. S. 25; Kritz S. 343; Unterholzner §. 197; Chambon, Beitr. S. 189; Mandry, Fam. G. R. S. 141; dagegen: Schmid, Ueber die actio Quod jussu Civ. Arch. XXIX. S. 120.

§. 4. Die actio quasi institoria.

Die ursprünglich nur aus Verträgen eines Institors gegebene actio institoria wurde später ausgedehnt auf Verträge, die nicht von einem wirklichen Institor abgeschlossen waren. Die Quellen reden von einer actio exemplo institoriae, l. 16 h. t.; utilis ad exemplum institoriae actio, l. 19 pr. h. t.; l. 13 §. 25 de act. emti 19, 1; convenire ad exemplum institoriae, l. 5 C. h. t. u. s. w. [1]) Diese Ausdehnung der institorischen Klage wird zuerst erwähnt von Papinian, also ungefähr zur Zeit des Septimius Severus.

Die jetzt gewöhnlich actio quasi institoria genannte Klage gehört demnach einer ziemlich jungen Periode der römischen Rechtsbildung an, und es sind denn auch die Notizen, welche wir in den römischen Quellen über sie finden, äusserst dürftig. Auch in der gemeinrechtlichen Literatur ist ihr verhältnissmässig sehr geringe Beachtung geschenkt, indem sich die Schriftsteller meistens auf die Angabe beschränken, dass die actio institoria allgemein ausgedehnt worden sei auf die von einem Mandatar dem Mandat gemäss abgeschlossenen Verträge.[2])

Was dieser Klage im Gegensatz zur actio institoria die Eigenschaft einer blossen utilis verleiht, ist der Inhalt der praepositio.

Nach dem Edikt war die actio directa nur gegeben für den Fall, dass jemand einem ganzen gewerblichen Geschäftskreise

---

[1]) Nicht hieher gehört l. 5 §. 8 h. t.; denn sie handelt von der hier nicht zu erörternden Frage, in wie weit der Präponent aus unerlaubten Handlungen des Institors hafte. S. Glück XIV. S. 247; Thöl §. 33 not. 3; 4.

[2]) S. Buchka §. 5 und die Dogmengeschichte S. 214 ff. Vang. §. 608 IV. 2, 6 Windsch. §. 482 not. 8.

vorgesetzt war. Die utilis dagegen findet dann statt, wenn sich die praepositio nur auf einzelne von dem praepositus abzuschliessende Rechtsgeschäfte bezieht, wenn der praepositus nicht ein Institor in dem oben aufgestellten technischen Sinne des Wortes ist. Uebrigens ist zu bemerken, dass die Quellen die actio institoria auch aus andern Gründen eine utilis nennen, als desshalb, weil kein eigentlicher Institor fungirt, s. z. B. oben not. 1; l. 5 §. 8 und l. 11 §. 8; l. 12 h. t.

Diese und ähnliche Fälle gehören nicht in den Kreis unserer Besprechung. Die actio quasi institoria, um welche es sich hier handelt, tritt, wie schon bemerkt, ein, wenn der praepositus nicht einem ganzen Geschäftskreis vorsteht. [3]) l. 13 §. 25 de act. emti 19, 1; l. 5 C. h. t.

Namentlich betrachten die Römer denjenigen, welcher, wenn auch ganz allgemein, zur Aufnahme von Darlehen angestellt ist, nicht als wirklichen Institor, weil hier kein eigentlicher Gewerbebetrieb vorliegt. [4])

Voraussetzungen der actio quasi institoria.

Da die utilis actio institoria wie jede utilis actio nichts anderes ist, als die auf analoge Fälle ausgedehnte direkte Klage, so ist von vornherein davon auszugehen, dass sie auch alle Voraussetzungen der letzteren theilt, soweit nicht

---

[3]) Die Römer nehmen eine actio exemplo institoriae auch dann an, wenn der Abschluss von Verträgen nur mittelbar mit der Besorgung übertragener Geschäfte zusammenhängt. l. 16 h. t. Donell. a. a. O. Nr. 16.

[4]) l. 13 pr. l. 19 pr. h. t. Donell a. a. O. 14—16 führt aus, eine negotiatio liege nur vor beim Austausch von Vermögenswerthen. Ram. del Manz. a. a. O.: »Qui mutuis pecuniis accipiendis praepositus est, institor proprie dici non potest, quia non praepositus est negotiationi quaestuariae.

die Quellen selbst eine Abweichung aufstellen. Die einzige Abweichung, welche sich aus den Quellen ergibt, ist nun aber eben die, dass der Kontrahent nicht ein wirklicher Institor, sondern nur mit dem Abschluss einzelner Verträge betraut zu sein braucht. Diess wird denn auch wohl von niemand bestritten. [5])

Bezüglich der Giltigkeit der praepositio, der Verpflichtungsfähigkeit des Geschäftsherrn und der Handlungsfähigkeit des praepositus gelten durchaus die für die direkte Klage aufgestellten Sätze. Dasselbe ist unbedenklich anzunehmen hinsichtlich der innern Seite des Verhältnisses zwischen praepositus und praeponens. Namentlich ist die sehr häufige Annahme, dass die quasi institoria sich auf den Fall des Mandats beschränke, durchaus zu verwerfen. Allerdings haben die Quellen diesen Fall hauptsächlich im Auge, l. 19 pr. h. t.; l. 13 §. 25; l. 5 C. citt. Dem Verhältniss kann aber auch die Gewaltunterworfenheit zu Grunde liegen, l. 13 pr. h. t., ferner eine negotiorum gestio, zu welcher die ratihabitio des Geschäftsherrn tritt, und es unterliegt keinem Zweifel, dass auch hier die praepositio sich in einer locatio conductio oder in einem Innominatkontrakt äussern kann, obwohl sich hierüber die Quellen nirgends aussprechen.

Materiell muss das Geschäft dem Inhalt der praepositio entsprechen, und es findet hier lediglich das oben §. 2, II. ausgeführte sinngemässe Anwendung.

---

[5]) Buchka §. 5: »Dass die Theorie dieser Klage dieselbe ist, wie die der ursprünglichen actio institoria, ergibt sich aus der Natur der Sache.«

Formelle Bezugnahme auf die praepositio?

Da die actio quasi institoria sich ihrem Wesen nach von der ursprünglichen actio institoria gar nicht unterscheidet, so folgt hieraus von selbst, dass von denjenigen, welche zur Begründung der letztern formelle Bezugnahme auf die praepositio verlangen, dasselbe Erforderniss auch für die quasi institoria aufgestellt wird. [6])

Diejenigen, welche die Nothwendigkeit der Bezugnahme leugnen, ziehen dieselbe folgerichtiger Weise auch für die quasi institoria in Abrede. [7])

Man kann es wohl als unbestreitbaren Satz hinstellen, dass alle Argumente, welche für die eine oder die andere Ansicht in Bezug auf die ursprüngliche actio institoria angeführt worden sind, mit demselben Masse von Beweiskraft auch für die actio quasi institoria geltend gemacht werden können. Denn es handelt sich ja gar nicht um zwei verschiedene Klagen. Zwar scheint gerade bezüglich der quasi institoria die formelle Bezugnahme in einzelnen Stellen, l. 6 §. 1; l. 31 pr. de neg. gest. 3, 5; l. 10 §. 5 mand. 17, 1, deutlich verlangt.

Allein es ist schon oben S. 24 ff. nachgewiesen, dass diese Stellen gar nicht von der eigentlichen actio quasi institoria, sondern von der actio negotiorum gestorum reden.

Direkte Quellenaussprüche existiren über die vorliegende Frage auch in Hinsicht der actio quasi institoria nicht.

Savigny a. a. O. findet zwar einen vollen Beweis seiner Ansicht in der l. 13 §. 25 de act. emti 19, 1.

---

[6]) Buchka §. 5; Windsch. §. 482 not. 8; 9; Brinz S. 1616.

[7]) Savigny, Obl. II. S. 61—69; Vang. §. 608, Anm. IV. 2, b; Mandry, Krit. V. J. Sch. a. a. O.

Ulpianus libro XXXII. ad Edictum.

> Si procurator vendiderit et caverit emtori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat; et Papinianus libro tertio Resp. putat, cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit; ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere.

Savigny behauptet, die Stelle beweise für seine Ansicht, wenn sie besage, dass der Verkauf von dem Prokurator in dessen eigenem Namen vorgenommen worden sei; dass aber der Verkauf in dieser Weise vorgenommen worden sei, gehe daraus hervor, dass der Prokurator mit demselben eine Promission wegen möglicher Eviktion verbunden habe; eine solche Promission aber beruhe auf einer Stipulation, welche, um giltig zu sein, nur in eigenem Namen habe vorgenommen werden können.

Hiegegen ist jedoch zu bemerken: der Prokurator ist jedenfalls in eigenem Namen aufgetreten, weil er gar nicht anders auftreten konnte. Hiemit ist aber eine Hinweisung auf den Mandanten und auf das Mandatsverhältniss, wie sie von der herrschenden Ansicht verlangt wird, nicht ausgeschlossen. [8]) Die Stelle liefert daher von diesem Gesichtspunkt aus nicht den Beweis, den Savigny in ihr findet.

Wohl aber bietet der Wortlaut: »si modo rem vendendam mandavit« einen sehr starken Anhaltspunkt dafür, dass hier die Voraussetzungen der Klage erschöpfend angegeben

---

[8]) Wenn Scheurl a. a. O. S. 325 sagt: »eigene Kautionsleistung für den Fall der Eviktion ist mit dem Verkauf in fremdem Namen wohl vereinbar,« so ist letzteres ein ungenauer Ausdruck für »Verkauf in eigenem Namen unter Kundgeben der Prokuratoreneigenschaft.«

werden sollen. Noch deutlicher und überzeugender spricht gegen die herrschende Meinung l. 5 C. h. t.

Impp. Diocletianus et Maximianus.

Si mutuam pecuniam accipere a te Demetriano Domitianus mandavit, et hoc posse probare confidis, ad exemplum institoriae eundem Domitianum apud competentem judicem potes convenire.

Als Beweisthema d. h. als thatsächliche Voraussetzung der actio quasi institoria ist in diesem Reskript lediglich die Existenz des Mandatsverhältnisses aufgestellt, und es wäre reine Willkür, auch hier die Voraussetzung der Rücksichtnahme auf den Mandanten als selbstverständlich zu subintelligiren. Die Stelle wird denn auch z. B. von Kritz, der, wenn ich ihn richtig verstehe, bezüglich der direkten Klage der herrschenden Ansicht huldigt, richtig wie folgt aufgefasst: [9]) »Demnach wird jeder, der einem andern Geld geliehen, die Klage aus dem Darlehen gegen denjenigen Dritten erheben können, gegen den er im Stande ist zu beweisen, dass der Erborger in eben dieses Dritten Auftrag gehandelt hat, ganz abgesehen davon, inwiefern bei Eingehung des Geschäfts irgend eine Rücksicht auf den Dritten möge genommen worden sein. Abstrahiren wir nun weiter von dem vorliegenden Fall und erheben wir die specielle Entscheidung zu einer allgemeinen Norm, so ergibt sich, dass jede Zahlung oder in Geld darstellbare Leistung nicht nur von demjenigen kann gefordert werden, der sich dazu verpflichtet, sondern auch von jedem Dritten, hinsichtlich dessen der nur bemerkte Beweis sich führen lässt.«

[9]) Pand. S. 341.

Bezüglich der Haftung des praeponens und praepositus gilt bei der quasi institoria dasselbe, was für die direkte Klage oben §. 3 ausgeführt worden ist. Namentlich ist die Haftung des letztern ebenfalls weder dem Inhalt noch der Zeit nach irgendwie beschränkt. l. 19 pr. h. t. vgl. auch l. 14 de Public. 6, 2; l. 45 pr. §. 2 mand. 17, 1.

§. 5. Geltung der actio institoria im heutigen Recht.

Durch die Ausbildung, welche die Stellvertretung im heutigen Rechte erhalten hat, sind die oben dargestellten römischen Regeln über die actio exercitoria, institoria und quasi institoria zweifellos einer Modifikation unterworfen worden. Ich wende mich nun zur Beantwortung der Frage, wie weit diese Modifikation geht, beziehungsweise, ob die fraglichen Rechtsmittel überhaupt noch auf Geltung im heutigen Recht Anspruch machen können. Es sind mehrere Fälle zur genauen Beantwortung dieser Frage auseinander zu halten.

I. Erster Fall: Der Institor hat im Namen des Geschäftsherrn kontrahirt.

Nach den heutigen Grundsätzen über Stellvertretung ist hier die Entscheidung von selbst gegeben. Es treten sämmtliche Wirkungen der Stellvertretung ein; der Geschäftsherr wird ausschliesslich, der Institor gar nicht verpflichtet; letzterer hört überhaupt auf, ein Institor im juristisch-römischen Sinne des Wortes zu sein; er hat durchaus die Rolle eines modernen Stellvertreters. Hiemit stimmen denn auch alle Rechtslehrer überein, welche eine Stellvertretung überhaupt als möglich anerkennen.

II. Zweiter Fall: Der Institor hat in eigenem Namen kontrahirt ohne jegliche Bezugnahme auf den Geschäftsherrn.

Hier liegt die Sache nicht so einfach. Es ist klar, dass die Rechtsanschauung, welche die persönliche Haftung des in fremdem Namen kontrahirenden Institors beseitigt hat, keineswegs mit Nothwendigkeit zerstörend auf die Nebenhaftung

des Geschäftsherrn einwirken musste für den zweiten möglichen Fall, dass der Institor schlechthin in eigenem Namen unterhandelt und abschliesst. Denn jenes deutsche Gewohnheitsrecht bezieht sich ja nur auf das Kontrahiren in fremdem Namen und lässt an sich die Wirkungen, welche das römische Recht an das Kontrahiren in eigenem Namen knüpft, unberührt.

So schiene der actio exercitoria, institoria und quasi institoria für diesen zweiten Fall noch ein ausgedehntes Gebiet der praktischen Anwendung im heutigen Recht gesichert. Der Hauptvertheidiger der Ansicht, dass der Institor auch durch Kontrahiren in eigenem Namen ohne Bezugnahme auf den Geschäftsherrn diesen verpflichte, Savigny, Obl. II. S. 62 nimmt denn auch keinen Anstand, dem dritten Kontrahenten auch für diesen Fall noch heut zu Tage die fraglichen Klagen einzuräumen.

So folgerichtig auch diese Auffassung vom Standpunkt des reinen römischen Rechts aus unzweifelhaft ist, so vermag ich derselben doch nicht beizutreten. Ich glaube vielmehr, dass das Princip des römischen Rechtes, nach welchem der Präponent aus den Verträgen des Institors haftet lediglich auf Grund des Präpositionsverhältnisses und des materiellen Zusammenhangs eines Vertrags mit dem Geschäftskreis des Institors, dem heutigen Rechte, welches das Hauptgewicht auf das subjektive Moment, auf den Willen der Parteien legt, fremd geworden ist. Die Haftung des Geschäftsherrn scheint nach heutigem Recht überall dann beseitigt, wenn der Institor schlechthin in eigenem Namen kontrahirt hat, weil in diesem Fall anzunehmen ist, dass nach dem Willen der Parteien nur der Institor berechtigt und verpflichtet werden soll. Diesem Willen aber wird vom Rechte die ihm adäquate Wirkung verschafft, und der Geschäftsherr gänzlich aus dem Obligationsnexus gelassen. Die im §. 2, III. gegebenen

Ausführungen haben daher nur noch historische Bedeutung für das römische Recht und können keine praktische Geltung für das heutige beanspruchen.

Bei der grossen Verschiedenheit der Ansichten, welche von jeher in Bezug auf die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen und auf verwandte Fragen geherrscht hat, ist es nun freilich schwierig, für die von mir soeben aufgestellte Ansicht positive Anhaltspunkte zu geben. Ich glaube sie jedoch durch folgende Betrachtung begründen zu können.

So weit auch seit den ältesten Zeiten die Meinungen der Juristen über die Möglichkeit und den Umfang der Stellvertretung im justinianischen Rechte aus einander giengen, so zieht doch durch die zahllosen Kontroversen, die sich an diese Frage knüpfen, ein richtiges Gefühl des praktischen Bedürfnisses — Sav. Obl. II. S. 69 — und die Tendenz, den äusserst hemmenden Grundsätzen des römischen Rechts gegenüber freiere Anschauungen zur Geltung zu bringen. Verfolgt man die ungemein reichhaltige Dogmengeschichte bei Buchka S. 121—230, so erhält man das Bild einerseits der grössten Verworrenheit der Auffassungen über den Inhalt der justinianischen Kompilation, andrerseits einer mehr oder minder bewussten, den Anforderungen des Verkehrslebens Rechnung tragenden Opposition gegen das römische Recht. Diess zeigt sich gleicherweise bezüglich des Forderungserwerbs als der Verpflichtung durch Dritte. Was zunächst ersteren betrifft, so wurde schon von den Glossatoren und Kommentatoren der römischen Regel: »alteri stipulari nemo potest« vermöge einer scholastischen Unterscheidung zwischen verba obligativa und executiva eine rein formelle äusserliche Bedeutung beigelegt. Sie betrachteten die Begründung einer Klage für den im Namen eines Dritten Stipulirenden und die Cession der Klage an den Dritten als reine Förmlichkeit und erkannten

dem praktischen Erfolg nach den direkten Forderungserwerb für den Vertretenen als möglich an, letzteres theilweise in bewusstem Gegensatz zum reinen römischen Recht. [1])

Wenn auch Cujacius und namentlich Donellus im Widerspruch zu den herrschenden Ansichten ihrer Zeit das römische Recht in seiner Reinheit dargestellt haben,[2]) so sind sie doch auf die Praxis ohne Einfluss geblieben und haben die gegen das römische Recht im Gang befindliche übermächtige Reaktion nicht aufgehalten. »Im 17. Jahrhundert [3]) entscheidet sich der Sieg dieser Reaktion in der Praxis; von dem Beginn des genannten Jahrhunderts an bis in das gegenwärtige hinein leugnet die communis opinio der niederländischen und deutschen Juristen die Reception der römischen Rechtsregel: alteri neminem stipulari posse, und vertheidigt auf Grund eines dem römischen Rechte widersprechenden Gewohnheitsrechts die Giltigkeit der zu Gunsten eines Dritten abgeschlossenen Verträge.« [4])

Parallel mit der Ausbildung dieser Grundsätze über den Forderungserwerb geht die Abänderung der römischen Regeln, welche sich auf die Schuldseite des Obligationsverhältnisses beziehen. Das Bedürfniss der Stellvertretung war hier nicht minder dringend, dasselbe brach sich aber auf einem wesent-

---

[1]) Buchka S. 144.

[2]) S. nam. Donell. ad leg. 35 §. 17 de V. O. 45, 1; ad leg. 1; 2 C. per quas pers. nob. acquir. 4, 27; ad l. 6 C. si quis alteri vel sibi 4, 50; Comm. jur. civ. Cap. 16 ff.

[3]) Buchka S. 158.

[4]) Die letzten Worte sind ungenau. Das Gewohnheitsrecht gilt unbedingt nur für die von einem wirklichen Stellvertreter eingegangenen Verträge, dagegen nur beschränkt für die Verträge zu Gunsten Dritter, die allerdings gerade bei Ausbildung jenes Gewohnheitsrechts vielfach mit der Stellvertretung zusammengeworfen wurden. Wächter II. S. 683; Brinz S. 1595 ff.; S. 1604; S. 1624 ff.; Windsch. §. 316 not. 14.

lich verschiedenen Wege Bahn als die Grundsätze, auf denen der Erwerb der Forderung durch Stellvertreter beruht. Denn während diese sich in direkter Opposition gegen das römische Recht ausbildeten, fand die Theorie und Praxis schon im römischen Recht ausgedehnte Rechtsmittel vor, welche bezüglich der Verpflichtung durch Verträge Dritter ein der Stellvertretung wenigstens ähnliches Institut geschaffen hatten. Es waren diess eben die actio exercitoria, institoria und quasi institoria. An sie knüpften die Juristen an, wenn es sich um die Frage handelte, ob es möglich sei, sich durch den Vertragsabschluss eines Dritten zu verpflichten. Dabei konnten sie sich nicht der Versuchung entziehen, die Anschauungen, die ihnen der Rechtsverkehr lieferte, in das justinianische Recht hineinzutragen und sich nach denselben die römischen Regeln über die adjekticischen Klagen zurecht zu legen.

Hiedurch wurde die richtige Erkenntniss der letztern von vornherein getrübt. Denn während das römische Recht die Grundlage seiner adjekticischen Klagen in dem Verhältniss zwischen praeponens und praepositus sieht, war die mittelalterliche Jurisprudenz in ihrem Bestreben, den praktischen Bedürfnissen entgegenzukommen, immer geneigt, wie in allen Fällen einer Berechtigung oder Verpflichtung durch Dritte, so auch hier die Wirkung einer eigentlichen Stellvertretung zu suchen. Indem man das Präpositionsverhältniss vor dem Gedanken der direkten Stellvertretung in den Hintergrund treten liess und im Kontrahiren des Institors einen Fall schon nach römischem Recht zulässiger Stellvertretung sah, musste man nothwendigerweise zu der Anschauung geführt werden, dass der Institor überhaupt nur in fremdem Namen und unter Kundgeben seiner Institorenqualität auftrete. Eine Jurisprudenz, welche die institorische Klage von diesem Gesichtspunkt aus auffasste, musste die Möglichkeit einer Haftung des Ge-

schäftsherrn für den Fall, dass der Institor ohne Bezugnahme auf ihn kontrahirt hatte, von selbst ausschliessen.

Wie wenig die römische Anschauung, dass der Institor Hauptschuldner, die Haftung des Präponenten nur Nebenhaftung sei, den Anschauungen der mittelalterlichen Juristen entsprach, geht schon hervor aus ihrem Bestreben, die Haftung des ersteren zu beseitigen oder wenigstens möglichst abzuschwächen. Sehr lehrreich ist in dieser Beziehung die von Buchka S. 214 ff. gegebene geschichtliche Darstellung. Die Glosse schon geht von der Anschauung aus, dass der Institor nomine officii kontrahire und nach Beendigung seines Amtes nicht mehr hafte. Nach der communis Doctorum opinio beschränkte sich seine Haftung inhaltlich darauf, dem Gläubiger aus dem Gelde des Geschäftsherrn Befriedigung zu verschaffen, während er mit seinem eigenen Vermögen gar nicht haftete. Unter den späteren Juristen — Buchka S. 221 not. 9 — fand die Anschauung immer mehr Anerkennung, dass der Institor nach Beendigung seines Amtes nicht mehr verpflichtet sei, weil er im Namen des Principals kontrahire, und zwar galt diese Art des Kontrahirens so sehr als die seiner Stellung adäquate, dass man ihn ausdrücklich in Gegensatz stellte zu dem in eigenem Namen auftretenden und desshalb persönlich haftenden Prokurator, auf welchen man die bekannte l. 67 de procurat. 3, 3 bezog.

Lag schon hierin eine Koncession an die Anschauung, dass der Institor nur als Repräsentant des Herrn auftrete, so gieng die Rechtslehre unter dem Einfluss dieser Auffassung folgerichtiger Weise noch weiter. Es war nemlich juristisch nicht zu rechtfertigen, dass der Institor während seines Amtes persönlich für die Schuld haften und mit Erlöschen desselben von jeglicher Verpflichtung frei werden solle. Man kam daher auch von diesem Gesichts-

punkt aus dazu, seine Verbindlichkeit während der Amtsdauer darauf zu beschränken, dass er dem Gläubiger aus dem Vermögen des Geschäftsherrn Befriedigung verschaffe. Hiemit war das Verhältniss der Stellvertretung schon so nahe gebracht, dass es nur konsequent war, wenn viele schliesslich die actio institoria überhaupt nicht mehr für anwendbar hielten, sondern dem Gläubiger eine actio directa gegen den Geschäftsherrn zugestanden. Buchka S. 225 not. 18.

Die persönliche Haftung des Institors wurde also um desswillen geleugnet, weil er durch sein Kontrahiren in fremdem Namen sich lediglich als Repräsentanten seines Präponenten darstelle; indem man so das ganze Verhältniss auf den Gesichtspunkt der Repräsentation zurückführte, fand man auch den Rechtsgrund für die Verpflichtung des Geschäftsherrn eben in dem Umstand, dass der Institor dem dritten Kontrahenten gegenüber lediglich als Repräsentant des Präponenten auftrat und den Vertrag im Namen desselben als des einzigen Schuldners abschloss. Wo also dieser Rechtsgrund für die Verpflichtung wegfiel, d. h. der Institor in eigenem Namen und ohne Kundgeben seiner Institorenqualität kontrahirte, musste auch die Haftung des Geschäftsherrn wegfallen. Denn die Annahme, dass zur Haftung des Vertretenen das Präpositionsverhältniss hinreichend sei, war der Jurisprudenz gänzlich fremd; sie legte daher demselben für das Rechtsverhältniss zwischen dem Geschäftsherrn und dem dritten Kontrahenten gar keine Bedeutung bei, sobald der Institor den Vertrag einfach in eigenem Namen abschloss.

Der Satz, dass nur der Institor und der Geschäftsherr gar nicht haftet, wenn der Institor schlechthin in eigenem Namen kontrahirt, ist daher gleichsam die Kehrseite des gewohnheitsrechtlichen Satzes, dass nur der Geschäftsherr und der Stellvertreter gar nicht haftet, wenn letzterer schlechthin in

fremdem Namen kontrahirt; der erste dieser Sätze folgt aus dem zweiten nicht mit logischer Nothwendigkeit, sondern aus der Auffassung des Institors als eines Stellvertreters, welche von der Jurisprudenz im Zusammenhang mit der gewohnheitsrechtlichen Entwicklung der Stellvertretung ins römische Recht hineingetragen wurde.

Dass mit der dargestellten fast einmüthigen Auffassung der Theorie auch die gemeinrechtliche Praxis nicht im Widerspruch stehen konnte, ist von vornherein kaum anders denkbar. Die Entscheidungen der Gerichtshöfe stimmen denn auch vollständig mit derselben überein.[5]) Das Oberappellationsgericht zu Dresden[6]) gieng (1863) von der Ansicht, welche als feststehende sächsische Praxis bezeichnet wird, aus, dass sobald der Stellvertreter in eigenem Namen ohne Bezugnahme auf den Auftraggeber kontrahirt, der Stellvertreter nur für seine Person aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet ist. Der Mitkontrahent kann weder gezwungen werden, sich an den Mandanten verweisen zu lassen, solange sich dieser nicht als Cessionar des Stellvertreters legitimirt, noch ist er berechtigt, den Mandanten selbst in Anspruch zu nehmen. Derselbe Gerichtshof[7]) setzt den Fall, dass jemand im erklärten Auftrag eines bestimmten Dritten ein Kaufgeschäft abschliesst, in scharfen Gegensatz zum Kommissionshandel. Bei diesem will der Käufer oder Verkäufer, wenn

---

[5]) Abweichender Ansicht, wenigstens für die Berechtigung des Mandanten, ist, soviel ich sehe, allein das Ob.-App.-Gericht zu Darmstadt, Seuff. Arch. Bd. 10 Nr. 159; s. hiegegen daselbst die Anmerkung, welche bezeugt, dass die aktive und passive Einmischung des beim Kontrahiren nicht genannten Mandanten in der handelsgerichtlichen Praxis einer entschiedenen Opposition begegnet.

[6]) Seuff. Arch. Bd. 18 Nr. 241.

[7]) Seuff. Arch. Bd. 13 Nr. 313.

er auch weiss, dass der andere Theil nicht für sich, sondern für einen Dritten das Geschäft eingeht, doch nicht mit letzterem sich in ein Kontraktsverhältniss einlassen, sondern er betrachtet nur den Kommissionär als seinen Mitkontrahenten. Daher wird auch nur dieser berechtigt und verpflichtet. Ebenso spricht das Oberhofgericht zu Mannheim [8]) aus, dass durch ein Einkaufskommissionsgeschäft, bei welchem der Kommissionär in eigenem Namen kontrahirt, keinerlei Beziehungen zwischen dem Verkäufer und Kommittenten entstehen. Das Obertribunal zu Stuttgart [9]) stellt den Satz auf, dass, wenn der Beauftragte ohne Hinweisung auf die Person eines bestimmten Dritten als Auftraggebers im eigenen Namen gehandelt hat, der Mitkontrahent nicht verbunden ist, sich jenen Dritten, welchen er beim Vertragsabschluss gar nicht im Auge gehabt, nachträglich als Schuldner unterschieben zu lassen. Nur wenn der Dritte vom Stellvertreter mit Namen genannt und als der wahre Kontrahent bezeichnet worden, wird die Verbindlichkeit aus dem Vertrag auf diesen beschränkt, während im andern Fall der Bevollmächtigte mit dem Kontrahenten allein in dem Verhältniss steht, von diesem belangt werden und gegen denselben klagen zu können.

Also: der Vertrag ist entweder im Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen: direkte, ausschliessliche Haftung des letztern; oder schlechthin im Namen des Institors: ausschliessliche Haftung des Institors.

III. Es bleibt nun noch der dritte mögliche Fall, der im römischen Recht die Regel bildet, dass der Institor in eigenem Namen kontrahirt mit Bezugnahme auf den Geschäftsherrn. Welche Wirkungen sollen hier eintreten?

---

[8]) Seuff. Arch. Bd. 14 Nr. 231.

[9]) Seuff. Arch. Bd. 13 Nr. 92, 2), 3).

Thöl hatte in der ersten Auflage seines Lehrbuchs die folgende Ansicht aufgestellt: Der Institor kann heut zu Tage kontrahiren entweder schlechtweg in eigenem Namen oder in eigenem Namen mit Bezugnahme auf den Principal oder im Namen des Principals. Das letztere, das Kontrahiren in fremdem Namen, nach römischem Recht ungiltig, ist heut zu Tage giltig. Im ersten Fall ist nur der Institor und gar nicht der Principal, im dritten Fall nur der Principal berechtigt und verpflichtet. Im zweiten Fall ist der Institor und auch der Principal, dieser actione institoria, aus dem Kontrakt verpflichtet, berechtigt ist aus demselben nur der Institor, der Principal wird es nicht anders, als wie er es auch im ersten Fall werden würde.

Diese Unterscheidung hat Thöl in der vierten Auflage §. 25 aufgegeben und folgende an ihre Stelle gesetzt: Der Institor kann, wie nach römischem Recht, so auch heut zu Tage nur mit einer zweifachen Wirkung kontrahiren, entweder so, dass nur er oder so, dass er und der Principal aus dem Kontrakt verpflichtet werden. Dieser Wirkung entspricht die Form, dass er ohne Bezugnahme oder mit Bezugnahme auf den Principal kontrahirt. Dass nur der Principal und nicht der Institor obligirt werde, ist unmöglich.

Hiegegen ist zu bemerken: Es ist richtig, dass ein Kontrahiren schlechtweg im Namen des Principals nach römischem Recht gar keine rechtlichen Wirkungen hat; heut zu Tage dagegen knüpfen sich an dasselbe die Wirkungen der Stellvertretung, d. h. es wird nur der Principal berechtigt und verpflichtet.

Kontrahirt dagegen der Stellvertreter schlechthin in eigenem Namen, so haftet, wie §. 2. III. nachgewiesen, nach römischem Recht der Institor und der Principal;

für das heutige Recht aber ist nach der oben II. gegebenen Ausführung Thöl's Ansicht, dass nur der Institor verpflichtet werde, richtig. Kontrahirt dagegen der Institor in eigenem Namen mit Bezugnahme auf den Principal, so hat diess nicht die von Thöl behauptete Doppelhaftung zur Folge, sondern die Haftung entweder nur des Principals oder nur des Institors, und zwar nach folgender Unterscheidung: Die in Frage stehende Art des Kontrahirens ist möglicherweise nur die Form, in welche sich die Erklärung des Stellvertreterswillens kleidet. Wer als Stellvertreter kontrahirt, braucht nicht nothwendig im Namen des Vertretenen aufzutreten; die Erklärung, als Stellvertreter handeln zu wollen, kann liegen in einer blossen Hinweisung auf den Geschäftsherrn, in der Angabe, es werde für dessen Rechnung kontrahirt, im Gebrauch der Firma seines Hauses, in irgend einem andern Umstand.

Aeusserlich kontrahirt hier der Bevollmächtigte in eigenem Namen, der Parteiwille kann aber darauf gerichtet sein, dass juristisch der Vertrag im Namen des Geschäftsherrn geschlossen sein solle. In diesem Fall haftet der Principal und nur er, denn die Erklärung des Stellvertreterswillens ist gleichbedeutend mit der Erklärung des Kontrahenten, dem Obligationsnexus selbst fremd bleiben zu wollen. Zugleich als Stellvertreter und als Obligationssubjekt kontrahiren, ist ein logischer Widerspruch.

Die Bezugnahme auf den Geschäftsherrn ist aber nicht nothwendig die Erklärung des Stellvertreterswillens; sie kann vielmehr lediglich eine Mittheilung an den dritten Kontrahenten über diejenige Person enthalten, welche das Geschäft materiell angeht. Der Ausdruck »kontrahiren im eigenen Namen mit Bezugnahme auf den Geschäftsherrn« ist daher als doppelsinnig nur mit Vorsicht zu gebrauchen. »Ich kaufe für das Haus,

für die Firma, für Rechnung meines Principals,« kann heissen einmal: »ich kaufe im Namen, als Stellvertreter meines Principals;« es kann aber auch aus den Umständen hervorgehen, dass der, welcher so kontrahirt, selbst Subjekt der Obligation werden und dabei nur noch aussprechen will, dass das Geschäft nicht seine, sondern eines andern Angelegenheiten betreffe. In diesem Fall will der Institor nur sich persönlich verpflichten, die »Bezugnahme« auf den Geschäftsherrn ist eine juristisch gleichgiltige Aeusserung, welche aus irgend einem Beweggrunde an die Erklärung des Kontrahenten geknüpft wird und an dem Willen der Parteien, dass nur dieser berechtigt und verpflichtet werden solle, gar nichts ändert. Eine Haftung des Geschäftsherrn ist unmöglich, weil diese nach moderner Anschauung nur durch Stellvertretung herbeigeführt, eine Stellvertretung aber eben wegen jener persönlichen Haftung des Institors nicht angenommen werden kann. Hieraus folgt:

Eine Doppelhaftung des Institors (soweit nach dem eben Ausgeführten diese technische Bezeichnung im heutigen Recht überhaupt noch zulässig erscheinen kann) und des Geschäftsherrn kann heut zu Tage nur dadurch herbeigeführt werden, dass jener zunächst im Namen des Principals als wirklicher Stellvertreter kontrahirt und sodann durch eine weitere Erklärung, durch Uebernahme einer Bürgschaft oder Korrealschuld in das bestehende Obligationsverhältniss eintritt. Seine Verpflichtung beruht aber dann auf einem selbständigen Obligationsgrunde, wenn diess auch beim Abschluss des Geschäfts äusserlich nicht zu Tage trat, sie hat mit seiner Eigenschaft als Stellvertreter begrifflich gar nichts zu schaffen und ist nicht anders zu beurtheilen, wie jede derartige von einem beliebigen Dritten übernommene Korrealschuld.

In allen diesen Fällen ist daher kein Platz mehr für die

actio exercitoria, institoria und quasi institoria. Brinz S. 1617 hält die Anwendung der institorischen Klage noch dann für denkbar, wenn der Principal selbst keine Stellvertretung will und darum nur ein Mandat zur Geschäftsführung im eigenen Namen des Vertreters ausstellt, also spontan hervorbringt, was nach römischem Recht nothwendig der Fall war. Soll das heissen, dass auf den Principal überhaupt kein Bezug genommen werde, so ist nach der obigen Ausführung eine Verpflichtung des Principals ausgeschlossen. Wird dagegen beim Kontrahiren auf den Geschäftsherrn hingewiesen, so ist diess durchaus bedeutungslos; denn eine Stellvertretung soll es nach dem Willen des Geschäftsherrn selbst nicht sein, und anders als durch Stellvertretung kann seine Verpflichtung nicht herbeigeführt werden.

Wir gelangen daher zu dem Ergebniss, dass die actio exercitoria, institoria und quasi institoria durchaus antiquirt sind und im heutigen gemeinen Recht lediglich keine praktische Geltung mehr haben.[10])

Mit diesem Ergebniss stimmen auch die wichtigsten Gesetzgebungen, auf welche noch ein kurzer Blick geworfen werden soll, im wesentlichen überein.

Das Allgemeine preussische Landrecht Th. I. Tit. 13 §. 153 bestimmt, dass der Bevollmächtigte durch den Vertrag in der Regel persönlich nicht verpflichtet werde und sich der dritte Kontrahent wegen Erfüllung des Vertrags an den Machtgeber halten müsse. Hat der Bevollmächtigte blos in eigenem Namen kontrahirt, so kann der andere nur von ihm die Erfüllung verlangen. Ausnahmen von diesen Be-

[10]) Laband, Z. f. H. R. Bd. 10 S. 197.

stimmungen sind gegeben für den Fall der von einem Kaufmann ertheilten Prokura. Th. II. Tit. 8 §. 541—545.

Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch §. 1017 stellt den Grundsatz auf, dass, wenn der Stellvertreter innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht kontrahirt, die durch den Vertrag begründeten Rechte und Verpflichtungen dem Gewaltgeber, nicht aber dem Gewalthaber zukommen.

Das französische Recht bestimmt Cod. civ. art. 1997:

> Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà s'il ne s'y est personellement soumis.

art. 1998 Abs. 1.

> Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné.

Ein Vertrag, welchen der Bevollmächtigte in seinem eigenen Namen, aber in den Angelegenheiten des Machtgebers abgeschlossen hat, ist dem Machtgeber fremd. [11])

Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen sagt in §. 790:

> Verträge, welche ein Stellvertreter für den von ihm Vertretenen auf eigenen Namen schliesst, begründen an sich nur Forderungen für und gegen seine Person, und es braucht derjenige, mit welchem

---

[11]) Zachariae, Franz. Civilrecht. Bd. II. §. 415 S. 510; §. 413; 414.

der Vertrag geschlossen worden ist, sich den Eintritt des Vertretenen in die zwischen ihm und dem Stellvertreter bestehende Forderung nur nach den über die Abtretung der Forderungen und den über die Schuldübernahme geltenden Vorschriften gefallen zu lassen.

Eine Modifikation enthält §. 791, welcher gegen den Dritten, in dessen Nutzen der Stellvertreter das aus dem Rechtsgeschäft erhaltene verwendet hat, eine Klage (actio de in rem verso, s. Motive und Siebenhaar Komment. Bd. II. S. 92; 93; Anm. zu §. 789 Abs. 2 S. 92) einräumt.

Das Deutsche H.-G.-B. unterscheidet durchaus zwischen der Stellvertretung und dem Vertragsabschluss in eigenem Namen für fremde Rechnung. In letzterem Fall verweigert es dem Mandanten u. s. w. die auf fingirter Cession beruhenden actiones utiles, welche das römische Recht gewährt; ebenso wenig gibt es dem dritten Kontrahenten gegen den Mandanten eine institorische oder quasiinstitorische Klage.

H.-G.-B. art. 360; 368.

Thöl §. 20; I. II.